Münster.1931.№ 5 Jur. Diss.

Die Vereinigung sämtlicher Erbteile in einer Hand.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der $\frac{\text{rechts-}}{\text{staats-}}$ wissenschaftlichen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Westfälischen Wilhelms-Universität

zu

Münster i. W.

vorgelegt von

Ludwig Markowitz

aus Berlin.

1931

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

53 75

Referent: Herr Prof. Dr. Krückmann
Korreferent: Herr Prof. Dr. Jacobi.

Jnhaltsverzeichnis.

Seite:

Einleitung.

§ 1: Begriff des Themas. 1

Erster Teil: Die Gesamthandstheorien. 2

§ 2: Die rechtliche Natur des Erbteils. 2

§ 3: Die Theorie der geteilten Mitberechtigung. 4

§ 4: Die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung. 5

§ 5: Die Theorie der Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts. 8

Zweiter Teil:

§ 6: Die Verfügung über den Erbteil. 10

Dritter Teil: Die Veräußerung und Belastung sämtlicher Erbteile zu Gunsten einer einzigen Person. 14

1. Abschnitt: Folgen der Vereinigung aller Erbteile in einer Hand. 14

§ 7: Erbrechtliche Folgen: Keine Erbnachfolge des Erwerbers. 14

§ 8: Sachenrechtliche Folgen: Entstehung eines dinglichen Rechts (Eigentums, Pfandrechts, Nießbrauches) an den einzelnen Gegenständen. 18

2. Abschnitt: Widerlegung der Einwendungen gegen die Entstehung eines dinglichen Rechts, insbesondere eines Pfandrechts und Nießbrauchs an den einzelnen Gegenständen. 31

§ 9: Kein Widerspruch mit § 2033 Abs. 2 BGB. und § 859 ZPO. 31

§ 10: Keine Verletzung der Rechte der Nachlaßgläubiger. 35

§ 11: Keine Verletzung des Publizitäts- und Spezialitätsprinzips. 37

3. Abschnitt: Einzelfragen beim Pfandrecht und Nießbrauch an allen Erbteilen. 40

Seite:

I. Pfandrecht an allen Erbteilen. 40

§ 12: Art der Entstehung des Pfandrechts an den einzelnen Gegenständen und Anspruch auf Verlautbarung, insbesondere auf Eintragung im Grundbuch. 40

§ 13: Inhalt des Pfandrechts an allen Erbteilen. Rechte des Pfandgläubigers gegen Vollstreckungen seitens Dritter. 46

§ 14: Erlöschen des Pfandrechts an allen Erbteilen. 52

II. Nießbrauch an allen Erbteilen. 54

§ 15: Inhalt des Nießbrauchs an allen Erbteilen. 54

§ 16: Zur Schuldenhaftung des Nießbrauchers. 55

Schluß:

§ 17: Zusammenfassung. 56

Literaturverzeichnis.

Binder: Der Gegenstand. (Z. f. HR. Bd. 59, S. 1 ff.)

Binder: Die Rechtsstellung des Erben, Bd. III, 1905.

Binder: Erbrecht (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften), Bd. II, 1923.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Bd. Erbrecht, 2. Hälfte, 8./9. Aufl. 1920.

Endemann: Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbanteils und sein Recht auf Erteilung eines Erbscheins (JW. 1910, S. 89 ff.).

Engländer: Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, 1914.

Enneccerus: in Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
I, 1 Allg. Teil, 30./34. Aufl. 1928.
I' 2 Recht der Schuldverhältnisse, 23./27. Aufl. 1928.

Exner: Ist zur Befriedigung des Gläubigers aus einem ihm verpfändeten Miterbenanteile gerichtliche Pfändung erforderlich? (DJZ. 1908, S. 359.)

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, II. Bd. 3. Aufl. 1926.

Gierke, v. Jul.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 2. Aufl. 1926.

Gierke, v. Otto:
I. Bd. Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1895.
II. Bd. Sachenrecht 1905. Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl. 1902.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch.
I. Bd. Allg. Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1903.
II. Bd. Sachenrecht 1912.

Grohmann: Ist die Verpfändung eines Anteils an einer Erbengemeinschaft durch einen der Miterben oder eine sonstige Verfügung darüber im Grundbuche eintragbar? (ZBl. FG. 1903, S. 821 ff.).

Hamburger:	Pfändungspfandrecht am Nachlaßanteil eines Miterben (Gruch. Bd. 48, S. 58 ff.).
Heine:	Zur Verpfändung des Erbteils eines Miterben. (DNotZ. 1917, S. 222 f.).
Joerges:	Zur Lehre vom Miteigentum in der Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd. 49, S. 140 ff.; Bd. 51, S. 47 ff.
Kattausch:	Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, 1911.
Kaufmann:	Eigentum am Gesellschaftsvermögen, 1911.
Kipp:	in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. II, 3. Das Erbrecht, 19./21. Aufl. 1928.
Kress:	Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1903.
Krückmann:	Zur Lehre vom Gesamteigentum (ZBl. FG. 1916, S. 1 ff.; S. 41 ff.).
Krückmann:	Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, 5. Aufl. 1929.
Leonhard:	Erbrecht, 2. Aufl. 1912.
Mosse-Heymann:	Das Handelsgesetzbuch, 17. Aufl. 1926.
Nagler:	Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte (Sächs. A. Bd. X, S. 695 ff.).
Nölle:	Die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft, insbes. die Bestellung des Nießbrauchs durch Miterben, 1910.
Oertmann:	Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abtg. 5. Aufl. 1929.
Planck:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: III. Bd.: Sachenrecht (bearb. v. Brodmann, Strecker, 4. Aufl. 1920). V. Bd.: Erbrecht, 2. Lieferung (§§ 1895—2063; bearb. von Flad und Ebbecke), 4. Aufl. 1910.
Pringsheim:	Zur Lehre von der Abtretung und Pfändung des Erbteils, 1906.
Pringsheim:	Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils, 1910.
Reichsgerichtsräte:	Busch, Erler u. a. im Kommentar von Reichsgerichtsräten: Das Bürgerliche Gesetzbuch. III. Bd.: Sachenrecht, 6. Aufl. 1928. V. Bd.: Erbrecht, 6. Aufl. 1928.

Schmale:	Die dingliche Wirkung der Verfügung des Miterben über seinen Anteil am Nachlaß. (ZBl. FG. 1905, S. 366 ff.).
Scholz:	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 1928.
Siméon-David:	Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, Bd. I, 2. Abtg. 14.—15. Aufl. 1929.
Soergel:	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 4. Aufl. 1929.
Sohm:	Der Gegenstand 1905.
Strohal:	Anteil am ungeteilten Nachlaß und Erbschein. In der Festschrift zum 70. Geburtstag Otto Gierkes, Weimar 1911, S. 917 ff.
Staub:	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12./13. Aufl. 1926 (bearb. von: Koenige, Pinner, Bondi). Bd. I §§ 1—177.
v. Staudinger:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: I. Bd.: Allg. Teil (erl. von Riezler), 9. Aufl. 1925. II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil (631—853, Erl. von Kober, Engelmann, Geiler), 9. Aufl. 1929. III. Bd.: Sachenrecht (erl. v. Kober), 9. Aufl. 1926. V. Bd.: Erbrecht (erl. v. Herzfelder), 9. Aufl. 1928.
Titze:	Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 1927.
Warneyer:	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 2. Aufl. 1930.
Wendt:	Verfügungen über Erbschaftsanteile (Ziv.Arch. Bd. 89, S. 420 ff.).
Wolff:	in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. II, 1: Das Sachenrecht, 22./26. Aufl. 1927.

Einleitung.

§ 1. Begriff des Themas.

Die vorliegende Arbeit will sich mit einem Fall befassen, der in der Praxis wohl selten, aber immerhin doch vorkommt: mit der Vereinigung sämtlicher Erbteile in einer Hand.

Der häufigste Fall wird der sein, daß ein Miterbe bei der Auseinandersetzung seine anderen Miterben mit einer bestimmten Geldsumme abfindet und er seinerseits als Gegenleistung von ihnen ihre Erbteile übertragen bekommt. Ebenso kann es, wenn auch schon seltener, vorkommen, daß ein Dritter, der nicht Miterbe ist, sämtliche Erbteile von den einzelnen Miterben gegen eine entsprechende Gegenleistung erwirbt. Sehr selten wird es sich jedoch ereignen, daß jemandem an sämtlichen Erbteilen ein Pfandrecht oder ein Nießbrauch eingeräumt wird; aber auch diese Fälle sind praktisch (durchaus) denkbar. Es kann beispielsweise der Fall eintreten, daß sämtliche Miterben einen anderen, und dieser braucht noch nicht einmal ein Nachlaßgläubiger zu sein, als Gesamtschuldner haften und ihm als Sicherheit für seine Forderungen gegen sie an ihren Erbteilen ein Pfandrecht bestellen. Einen Anlaß dafür, daß sämtliche Miterben einem Dritten den Nießbrauch an ihren Erbteilen einräumen, kann der Fall bilden, daß die Miterben sich einerseits noch nicht auseinandersetzen, andererseits aber vielleicht wegen Uneinigkeit nicht selbst die einzelnen Nachlaßgegenstände verwalten und nutzen wollen.

Hat aber jemand sämtliche Erbteile oder hat er an ihnen allen ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch erworben, so liegt die Frage nahe, ob er dadurch auch das Eigentum bzw. das Pfandrecht oder den Nießbrauch an sämtlichen zum Nachlaß gehörigen einzelnen Gegenständen erhalten hat. Zu ihrer Beantwortung müssen wir uns über den Begriff und die rechtliche Natur des Erbteils klar sein, und auf die verschiedenen Theorien, die darüber aufgestellt sind, eingehen. Nur vom Standpunkt dieser Theorien, der sogenannten Gesamthandstheorien, läßt sich die juristische Bedeutung der Vereinigung sämtlicher Erbteile in einer Hand erklären.

Erster Teil.

Die Gesamthandstheorien.

§ 2. Die rechtliche Natur des Erbteils.

Ueber die rechtliche Natur des Erbteils herrschte von jeher Streit, und wenn auch für die Praxis die Frage durch eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts[1]) gelöst ist, in der Wissenschaft ist der Streit bis heute noch nicht zur Ruhe gekommen. Aus § 2032 BGB., wonach der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben wird, ergibt sich, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Erbengemeinschaft nach dem Prinzip der gesamten Hand gestaltet hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt drei Anwendungsfälle der Gesamthand[2]); die Gesellschaft, die allgemeine Gütergemeinschaft mit ihren Abarten und die Erbengemeinschaft, die für das vorliegende Thema allein interessiert. Jede dieser drei Gesamthandsgemeinschaften weist ihre Besonderheiten auf; die Gesellschaft und die allgemeine Gütergemeinschaft sind weit straffer zusammengefaßt, als die Erbengemeinschaft. Es ist nicht zu leugnen, daß die Erbengemeinschaft sich wegen ihrer erheblichen Besonderheiten der Bruchteilsgemeinschaft nähert. Denn bei der Erbengemeinschaft kann der Miterbe über seinen Anteil am Ganzen verfügen; was weder der Gesellschafter noch der Ehegatte bei der allgemeinen Gütergemeinschaft kann. Das beruht darauf, daß die Erbengemeinschaft nicht wie die anderen Gesamthandsverhältnisse auf die Dauer berechnet ist, und der einzelne Miterbe schon vor der Auseinandersetzung in der Lage sein soll, seinen Anteil zu verwerten[3]). Für jede Art der Gesamthand gelten daher im Einzelnen besondere Grundsätze; denn

> „die Natur der Gesamthand ist . . . . . an sich unsicher und unbestimmt; sie kann in den verschiedensten Gemeinschaften zu verschiedener Ausbildung gelangt sein und gewinnt eine feste Gestaltung nur nach Maßgabe der konkreten Bestimmungen für das einzelne Gesamthandsverhältnis."[4]).

Aber die Streitfrage über die rechtliche Natur der Gesamthand als solche, nämlich darüber, wie das Gesamthandsvermögen und die Berechtigung daran zu konstruieren ist, ist bei allen Arten der Gesamthand die gleiche.

Im wesentlichen sind es drei Theorien, die sich gegenüberstehen und die man im Anschluß an Oertmann[5]) als die Theorie der

---

[1]) Rg. 56, 206; 57, 432; 84, 395; 90, 235.
[2]) Krückmann, Institutionen, S. 710, 712, vgl. auch S. 292.
[3]) Kipp, S. 276.
[4]) RG. 65, 236.
[5]) Oertmann, Vorbem. 4 vor §§ 705 ff.

geteilten Mitberechtigung, die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung und die Theorie der „Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts" (Sohmsche Theorie) bezeichnen kann[6]). Bei allen diesen Theorien ist, was öfter in der Literatur nicht geschieht[7]), und was für das Verständnis jeder der drei Theorien und insbesondere für das vorliegende Thema, die Vereinigung sämtlicher Erbteile in einer Hand, so überaus bedeutungsvoll ist, scharf zu scheiden zwischen dem Anteil an dem Nachlasse, d. h. dem Anteil am Ganzen, § 2033 Abs. 1 BGB., und den Anteilen an den einzelnen Nachlaßgegenständen, § 2033 Abs. 2 BGB. Beide hängen natürlich, wie sich aus unseren folgenden Ausführungen klar ergeben wird, eng miteinander zusammen. Die rechtliche Natur des Anteils am Ganzen läßt sich nicht von der Frage der rechtlichen Natur des Anteils an den einzelnen Gegenständen lösen und umgekehrt. Sinn und Zweck des Themas soll es nun nicht sein, die mannigfachen Erörterungen, die in allen Einzelheiten von den jeweiligen Vertretern der einen oder anderen Lehre auf das Eingehendste behandelt worden sind, noch einmal aufzurollen. Sinn und Zweck des Themas ist es vielmehr, von einem ganz anderen Gesichtspunkt aus betrachtet, nämlich der Vereinigung sämtlicher Erbteile in einer Hand, die Folgen zu zeigen, zu denen die eine oder die andere Theorie bei dinglichen Rechten an den Erbteilen führt, und die Gründe darzulegen, aus welchen der von uns vertretenen Anschauung, der Theorie der geteilten Mitberechtigung, der Vorzug zu geben ist. Hierbei müssen selbstverständlich zunächst kurz die Gedankengänge der einzelnen Theorien dargelegt werden, da ohne sie das Thema nicht behandelt werden kann und dazu soll, nachdem wir uns für die uns richtig erscheinende Theorie entschieden haben, im Anschluß an die Erörterung der Frage der Vereinigung sämtlicher Erbteile in einer Hand noch kurz auf die einen oder anderen Folgen, zu denen die abgelehnten Theorien führen, eingegangen werden. Im Vordergrund unserer Arbeit steht das Pfandrecht an allen Erbteilen; es bildet den Hauptteil der Untersuchung. Denn gerade an ihm zeigt sich besonders gut die Richtigkeit der Theorie der geteilten Mitberechtigung. Zu behandeln ist ferner die Frage, welche erbrechtlichen Folgen die Uebertragung und Belastung der Erbteile hat. Beide Fragen sind nicht etwa identisch, sondern, was nur die Theorie der geteilten Mitberechtigung richtig tut, scharf voneinander zu trennen.

---

[6]) Sie werden auch im Folgenden aus praktischen Erwägungen in dieser Reihenfolge dargestellt werden, obwohl es an sich üblich ist, die Theorie, der man sich anschließt, wie wir hier der Theorie der geteilten Mitberechtigung, zuletzt zu bringen.

[7]) z. B. Warneyer zu §§ 2032, 2033, S. 1135, 1136, 1138.

§ 3. Die Theorie der geteilten Mitberechtigung.

Nach der Theorie der geteilten Mitberechtigung oder, wie sie zuweilen auch genannt wird, der Theorie des gebundenen Miteigentums[8]), sind die Anteile der einzelnen Miterben an den einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenständen quotenmäßige. Jeder Miterbe hat an ihnen, seien es Sachen, seien es Forderungen oder sonstige Rechte, einen ziffernmäßig bestimmten Anteil. Wie groß nun diese Quoten sind, die den einzelnen Gesamthändern an den Gegenständen zustehen, darüber sind bei der Gesellschaft die verschiedensten Ansichten aufgestellt worden. Für die Erbengemeinschaft, die uns hier einzig interessiert, ist man sich aber einig, daß jeder Miterbe zu seiner Erbquote Mitberechtigter ist. Jedem Miterben steht ein seiner Erbquote entsprechender Anteil an jeder Sache und an jedem Rechte zu. Nur in bezug auf die Verfügung, auf das Verfügungsrecht, das Ausübungsrecht über die einzelnen Gegenstände ist er gebunden[9]). Nach dieser Theorie ist das Recht eines jeden Miterben an jedem Gegenstand ein Sachenrecht, richtiges Miteigentum. Der gesamte Nachlaß setzt sich nach ihr aus der Summe der einzelnen Nachlaßgegenstände zusammen. Die einzelne Sache selbst zerfällt ebenfalls wieder in eine Reihe untereinander selbständiger Sachenrechte. Zu jedem einzelnen Gegenstand, der sich im Nachlaß befindet, hat der einzelne Miterbe eine unmittelbare Beziehung; jeder Gegenstand ist „unmittelbares Objekt der Herrschaft jedes Genossen“[10]).

Da alles, sowohl die Sachen wie die Rechte, nach der Theorie der geteilten Mitberechtigung in genaue Quoten aufgeteilt ist, jeder Miterbe also an jedem einzelnen Gegenstand Eigentum hat, so ist es nur folgerichtig, daß ihre Vertreter einen Anteil am Ganzen im Sinne eines besonderen Rechtes an den Nachlaß leugnen. Für sie bildet vielmehr der Anteil am Ganzen die Summe der den Miterben an den einzelnen Gegenständen zustehenden Anteilsrechte. Dem steht nicht entgegen, daß man ihn deshalb zugleich als eine Gesamtheit auffaßt. Man kann dasselbe als Gesamtheit und als Summe betrachten[11]). So ist das Vermögen eine Summe von Rechten und Pflichten; es ist andererseits aber mehr als die bloße Summe. Wir sind gewohnt — und das Gesetz tut es selbst, indem es von „Vermögen“ spricht (§§ 310, 311 BGB.) —, Gegenstände, die zu einer bestimmten Masse gehören, zu einer Einheit zusammenzufassen. Es ist daher zugleich auch eine Gesamtheit[12]). Immer aber

[8]) Joerges, ZfHR. Bd. 49, S. 140 ff.; Bd. 51 S. 47 ff.
[9]) Krückmann, Institutionen, S. 712.
[10]) Nagler, Sächs. Arch. 10, 712.
[11]) Krückmann, Institutionen, S. 82 ff.; 289.
[12]) Daraus folgt, daß es einen Anteil an der Gesamtheit gibt.

bleiben — und das ist entscheidend — seine Bestandteile selbständig. Was für das Vermögen als Ganzes gilt, gilt aber notwendigerweise auch für einen Teil des Vermögens, für den Erbteil[13]).

Der Anteil am Ganzen ist also, plastisch vorgestellt, das Dach, das sich über den einzelnen selbständigen Anteilen an den einzelnen Gegenständen bildet. Da der Anteil an den einzelnen Gegenständen nach dieser Theorie eine echte Quote ist, der Anteil am Ganzen aber die Summe dieser Quoten, so muß, ganz gleich, wieviel Miterben vorhanden sind, die Summe der einzelnen Anteile der Miterben stets die Erbschaft als solche ausmachen. Dieses Erkenntnis ist äußerst wichtig für die Folgen, zu denen diese Theorie bei dinglichen Rechten am Erbteil führt; sie zeigen sich besonders gut beim Pfandrecht und Nießbrauch an allen Erbteilen.

Verfehlt wäre es, wollte man den Vertretern dieser Lehre vorwerfen, sie faßten die Erbengemeinschaft als eine Gemeinschaft nach Bruchteilen im Sinne der §§ 741 ff., 1008 ff. BGB. auf; vielmehr ist nach dieser Theorie die Erbengemeinschaft auch eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Nur besteht nach ihr, wie schon betont, der Unterschied von der gewöhnlichen Gemeinschaft nach Bruchteilen nicht in der Rechtzuständigkeit, sondern in dem Ausschluß der Verfügungsbefugnis des Einzelnen über seine Anteilsrechte an den einzelnen Gegenständen, in der Gebundenheit, die um des Zweckes willen jeden Genossen trifft[14]). Diese Theorie wird in mehr oder weniger scharfer Weise vor allem von Binder[15]), der aber in seinem „Erbrecht“[16]) seine Ansicht grundlegend im Sinne der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung geändert hat, Joerges[17]), Nagler[18]), Titze[19]), Goldmann-Lilienthal[20]), Grohmann[21]) und in äußerster Konsequenz von Krückmann[22]) vertreten.

§ 4. Die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung.

Faßt die Theorie der geteilten Mitberechtigung die Anteile der Miterben an den einzelnen Gegenständen als Quoten und den An-

[13]) Krückmann, ZBl. f. FG. S. 19.
[14]) Vgl. Oertmann, a. a. O.
[15]) Binder, Rechtsstellung, S. 6 ff.
[16]) S. 52.
[17]) Joerges in ZfHR. Bd. 49, 179 ff.; Bd. 51 S. 61 ff.
[18]) Nagler, Sächs. Arch. X, 695 ff.
[19]) Titze, S. 119.
[20]) Goldmann-Lilienthal, S. 782.
[21]) Grohmann in ZBl. f. FG. 1903, 821.
[22]) Krückmann, in ZBl. f. FG. 1916, 1 ff.; 41 ff.; Institutionen, S. 712.

teil am Ganzen als die Summe der Anteile an den einzelnen Gegenständen auf, so ist dies nur eine Folge dessen, daß nach ihr die Erbengemeinschaft richtigerweise, genau so wie die gewöhnliche Bruchteilsgemeinschaft, eine Gemeinschaft auf rein sachenrechtlicher Grundlage ist. Im strikten Gegensatz zu ihr steht die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung, oder, wie sie zuweilen auch benannt wird, die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung[23]). Sie faßt die Erbengemeinschaft nicht als eine sachenrechtliche auf, sondern nach ihr beruht sie auf der mitgliedschaftlichen Verbundenheit der Erben, durch die zwar kein neues Rechtssubjekt, eine juristische Person, entstehen soll, trotzdem aber eine so enge Bindung eintritt, daß nicht mehr der Einzelwille, sondern nur noch der Gesamtwille entscheidet[24]). Auch nach dieser Theorie ist wieder zu scheiden zwischen dem Anteil am Ganzen und den Anteilen an den einzelnen Gegenständen. Doch wollen wir gerade umgekehrt, wie bei der Theorie der geteilten Mitberechtigung, zuerst mit dem Anteil am Ganzen beginnen und dann erst über die Rechtsnatur der Anteile an den einzelnen Gegenständen sprechen.

Nach der Theorie der geteilten Mitberechtigung ist der Anteil am Ganzen die Summe der Anteile, die den einzelnen Miterben an den einzelnen Gegenständen zustehen; ganz anders faßt ihn die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung auf. Nach ihr stellt der Anteil am Ganzen die Mitgliedschaft an der Erbengemeinschaft dar. Er ist weder ein dingliches Anteilsrecht am Vermögen — denn, und darin hat diese Theorie recht, das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nur dingliche Rechte an einzelnen Gegenständen —, noch die Summe der den Miterben zustehenden Anteilsrechte an den einzelnen Sachen und Forderungen. Er soll nach dieser Theorie das personenrechtliche Verhältnis der Zugehörigkeit eines Miterben zu der Erbengemeinschaft als solcher bedeuten.

Da nach der Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung der Anteil am Ganzen nicht die Summe der Anteile an den einzelnen Gegenständen ist, so kommt sie auch bei letzteren zu einer grundsätzlich anderen Auffassung, als die von uns vertretene Theorie der geteilten Mitberechtigung. Nach dieser sind die Anteile an den einzelnen Gegenständen Quoten, ganz anders nach jener. Zunächst leugnen eine Reihe ihrer Anhänger Anteile der Gesamthänder an den einzelnen Gegenständen vollkommen, so vor allem Endemann[25]), der die Ansicht vertritt, daß § 2033 Abs. 2, welcher

---

[23]) Nagler, Sächs. Arch. Bd. 10, S. 695 ff.

[24]) v. Staudinger-Geiler, Vorbem. IV, 1 vor §§ 705 ff. BGB. S. 1203 ff.

[25]) S. 1028; auch RGR. Anm. 5 zu § 2033; Leonhard, Anm. III D zu § 2033.

doch ausdrücklich von Anteilen an den einzelnen Gegenständen spricht, nicht „glücklich gefaßt" sei. In dieser strengen Auffassung wird jedoch diese Theorie von den meisten ihrer Anhänger selbst nicht geteilt; denn würde man, wie man auch zu dieser Theorie stehen mag, diese Auffassung billigen, so würde trotz des hartnäckigsten Leugnens ihrer Vertreter hier eine juristische Person entstehen. Gerade dies soll aber doch nicht der Fall sein; leugnet man aber Anteile an den einzelnen Gegenständen, so können doch unmöglich die Miterben als solche Eigentümer dieser Gegenstände sein. Es muß also notgedrungen eine juristische Person entstehen. Das BGB. spricht ja selbst in den §§ 719, 1442, 2033 von Anteilen an den einzelnen Gegenständen, und man wird wohl nicht behaupten können, daß alle drei Gesetzesstellen „unglücklich gefaßt" sind. Das Reichsgericht, das auf dem Boden der Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung steht, gibt jetzt selbst im Gegensatz zu einzelnen früheren Entscheidungen und Entscheidungen der anderen Gerichte zu, daß auch Anteile an den einzelnen Gegenständen bestehen[26]). Diese Anteile an den einzelnen Gegenständen sind aber nach dieser Theorie keine Bruchteile, sie sind nicht sachenrechtlicher, sondern personenrechtlicher Natur; sie sind Ausfluß der Mitgliedschaft am ganzen Vermögen[27]). Die einzelnen Gegenstände sind mit dem ganzen Vermögen derart verwoben, daß weder Bruchteile noch überhaupt rechnerisch bestimmbare Anteile denkbar erscheinen sollen. Vielmehr steht nach Ansicht der Vertreter dieser Lehre allen Miterben zusammen das ganze Recht ungeteilt zu. Jeder ist nur durch die Konkurrenz der anderen Berechtigten beschränkt. Der Zusammenhang zwischen dem Anteil am Ganzen, also der Mitgliedschaft und den Anteilen an den einzelnen Gegenständen ist derart eng, daß mit dem Ausscheiden eines Gesamthänders aus der Gemeinschaft notwendigerweise seine Beziehungen zu den einzelnen Gegenständen entschwinden, und daß umgekehrt bei dem Eintritt eines Gesamthänders in die bestehende Gemeinschaft er notwendigerweise an den einzelnen Gegenständen mitberechtigt wird. Das ist das sogenannte An- und Abwachungsprinzip, zu dem die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung infolge der mitgliedschaftlichen Auffassung der Anteile am Ganzen wie an den einzelnen Gegenständen gelangt. Während also die Theorie der geteilten Mitberechtigung auf einfache und klare Weise die Natur der Gesamthand erklärt, kommt die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung zu Ansichten, die, wie wir noch zeigen werden, im Widerspruch mit dem Gesetz stehen. Sie gibt ferner keine Auskunft darüber, wieso gerade die Verfügungsbefugnis der Miterben über

---

[26]) RG. 68, 412; anders früher, 60, 128; KGOLGE. 12, 366.
[27]) Geiler, a. a. O.

ihre Anteile an den einzelnen Gegenständen ausgeschlossen ist. Der Grund kann doch unmöglich in der engen Bindung der Miterben untereinander liegen; denn wenn die Miterben wirklich so eng verbunden wären, wie die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung annimmt, dann müßte folgerichtig auch die Verfügungsbefugnis der Miterben über den Anteil am Ganzen ausgeschlossen sein, es sei denn, daß man sie, was ihre Anhänger immer leugnen, als juristische Person auffaßt. Der wahre Grund, weshalb die Miterben über ihre Anteile an den einzelnen Gegenständen besonders nicht verfügen sollen, ist vielmehr der, daß sonst die beschränkte Haftung gefährdet werde. Der Anteil des Miterben soll den Nachlaßgläubigern unverkürzt zur Verfügung stehen. Die Nachlaßgläubiger wären aber gefährdet, wenn einzelne Gegenstände, sei es auch nur zu einem Bruchteil, aus dem Nachlaß ausscheiden könnten. Die Gestattung der Verfügung des Miterben über seinen Anteil am Ganzen schädigt dagegen die Nachlaßgläubiger nicht[28]). Aber auch die Miterben haben ein Interesse daran, daß nicht über die Anteile an den einzelnen Gegenständen verfügt wird. Könnte ein Miterbe seine Quote an den Nachlaßgegenständen veräußern, so blieb, wenn er einem anderen Teilhaber für Aufwendungen an dieser Sache Ersatz leisten muß, diesem kein Gegenstand der Befriedigung übrig. Ferner soll ein Miterbe einem anderen nicht in Bezug auf die einzelnen Gegenstände einen fremden Teilhaber aufdrängen können[29]). Die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung ist die herrschende. Sie wird vom Reichsgericht und der Mehrzahl der Autoren vertreten[30]).

§ 5. Die Theorie der Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts.

Eine „mittlere" Theorie, wie sie Oertmann nennt[31]), vertritt Sohm in seinem „Gegenstand". Er scheidet, wie es richtig ist, scharf zwischen dem Anteil am Ganzen und den Anteilen an den einzelnen Gegenständen.

Der Anteil am Ganzen bedeutet auch für Sohm genau wie nach der Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung lediglich ein

---

[28]) Krückmann, Institutionen, S. 844, 845.

[29]) Kipp, S. 266.

[30]) RG. 65, 232 ff.; 68, 412 ff.; Geiler, a. a. O.; Endemann, a. a. O.; Wolff, S. 298; Siméon-David, S. 518; Staub-Pinner, Anm. 28 zu § 105 HGB. S. 606; Enneccerus, I, 2 S. 274, Anm. 1; Soergel, Anm. 1 zu § 2032; v. Gierke, Deutsches Privatrecht, I, S. 675 ff., 389 ff.; Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 29.

[31]) Oertmann, a. a. O.

personenrechtliches Verhältnis; er ist nach ihm ebenfalls eine ungenaue Bezeichnung für „Mitgliedschaft“[32]).

Kraft dieser Mitgliedschaft gibt es nun auch für Sohm Anteile an den einzelnen Gegenständen. Aber zum Unterschied von der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung sind diese Anteile für ihn zwar nicht Bruchteile im Sinne der §§ 741 ff., dennoch aber ideelle Anteile und zwar in „Bruchteilen rechnerisch bestimmbar“[33]), bei der Erbengemeinschaft nach der Erbquote. Den Grund dafür, daß bestimmte Anteile vorhanden sein müssen, findet Sohm — und hier ist ihm zuzustimmen —, darin, daß unbestimmte Anteile überhaupt nicht denkbar sind[34]). Im Gegensatz zu der Theorie der geteilten Mitberechtigung sind seiner Ansicht nach diese Anteile aber nicht vermögensrechtlicher, sondern personenrechtlicher Natur, weil Ausfluß der Mitgliedschaft. Zu dieser Auffassung kommt Sohm von dem Begriffe, den er dem „Gegenstand“ beilegt. „Gegenstand im Rechtssinn“ ist nach ihm[35]) „nicht der Rechtsgegenstand als solcher, sondern was Gegenstand eines Verfügungsgeschäfts sein kann, der Verfügungsgegenstand“. Da nach § 2033 Abs. 2 BGB. die Miterben über ihre Anteile an den einzelnen Gegenständen nicht verfügen können, so sind nach ihm diese Anteile nicht vermögensrechtlicher, sondern personenrechtlicher Natur.

In Wahrheit erscheinen jedoch Sohms Anteile, ohne daß es überhaupt notwendig erscheint, im Rahmen dieser Arbeit auf seine Lehre vom „Gegenstand“ einzugehen, an den einzelnen Gegenständen doch als sachenrechtliche und bestimmte Anteile. Denn Sohm leugnet ja eine Gesamtberechtigung aller an den einzelnen Gegenständen. Nimmt man aber an, daß nur die einzelnen Miterben Rechte an der Sache haben, und nimmt man weiter an, daß diese Anteile „in Bruchteilen rechnerisch bestimmbar“ sind, so müssen diese Anteile sachenrechtliche und nicht personenrechtliche, vor allem aber b e s t i m m t e Aneile sein; denn das bestimmbare ist in Wirklichkeit schon bestimmt, nur noch nicht ausgerechnet. Es ist daher zutreffend, wenn Kaufmann[36]) Sohm nicht als Vertreter einer besonderen Theorie behandelt, sondern ihn zu den Anhängern der Theorie der geteilten Mitberechtigung zählt. Dies ist auch umsomehr anzunehmen, als Sohm ja ganz richtig bemerkt, daß unbestimmte Anteile an den einzelnen Gegenständen überhaupt nicht möglich sind. Es ist auch garnicht begreiflich, wie jemand einen Anteil an einer Sache haben soll und es trotzdem dunkel bleibt, wie groß dieser An-

---

[32]) Sohm, a. a. O. S. 68.
[33]) S. 71.
[34]) S. 71.
[35]) S. 7.
[36]) Kaufmann, S. 36/37.

teil ist; mit einem unbestimmten Anteil ist juristisch überhaupt nichts anzufangen.

Zweiter Teil.

§ 6. Die Verfügung über den Erbteil.

Dem Worte „Verfügung" begegnet man im Bürgerlichen Gesetzbuch in drei verschiedenen Anwendungen. Im Erbrecht finden wir die Begriffe der letztwilligen Verfügung, § 2065 und der Verfügung von Todes wegen, § 1937 BGB.; sie bedeuten soviel wie Willenserklärung des Erblassers. Verfügung von Todes wegen ist der weitere Begriff; er begreift auch den Erbvertrag. Letztwillige Verfügung ist dagegen nur das Testament, denn nur das Testament gibt den letzten Willen kund, während der Erbvertrag auch wirksam bleibt, wenn die Bestimmungen in ihm nicht mehr dem letzten Willen des Erblassers entsprechen. In anderen Vorschriften, z. B. § 136 (gerichtliche Verfügung), § 489 (einstweilige Verfügung), § 802 (Verfügung der Zahlungssperre) bedeutet Verfügung eine Anordnung des Gerichts oder der Staatsgewalt, also eine hoheitliche Handlung, einen öffentlichrechtlichen Akt im Gegensatz zu der privatrechtlichen Willenserklärung. Regelmäßig versteht das Bürgerliche Gesetzbuch jedoch unter „Verfügung" die rechtsgeschäftliche Verfügung, so z. B. in § 747 (Jeder Teilhaber kann über seinen Anteil verfügen. Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen können die Teilhaber nur gemeinschaftlich verfügen), § 1395 (Die Frau bedarf zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes), § 1445 (Der Mann bedarf der Einwilligung der Frau zur Verfügung über ein zu dem Gesamtgute gehörendes Grundstück, sowie zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung).

Mit dieser Art der Verfügung haben wir es auch im § 2033 I zu tun, wo bestimmt ist, daß bei der Erbengemeinschaft der Erbe über seinen Anteil am Nachlaß, d. h. über seinen Anteil am Ganzen, verfügen kann.

Ueber den Begriff der rechtsgeschäftlichen Verfügung herrscht heute kein Streit mehr; sie ist ein Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar, also „dinglich", ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird[37]). Unter den Begriff der Verfügung fällt somit die Veräußerung des Erbteils; sie ist die Uebertragung des Anteils am Nachlasse. Unter den Begriff der Verfügung fallen

[37]) v. Staudinger-Riezler, Bem. VIII A der Einl. vor § 104 BGB; Kipp, S. 270, Anm. 34.

ferner die Verpfändung[38]) und Nießbrauchbestellung[39]) am Anteile am Nachlaß; sie sind Belastung des Erbteils. Diesen richtigen Begriff der Verfügung hat W e n d t in seiner Abhandlung „Verfügung über Erbschaftsanteile[40]) verkannt. Wendt[41]) geht nämlich von der irrigen Meinung aus, daß das Wort „Verfügung" im Bürgerlichen Gesetzbuch auch im obligatorischen Sinne gebraucht werde. Er glaubt dies[42]) insbesondere aus §§ 445 und 2835 BGB., wo der Kauf als ein auf die Veräußerung eines Gegenstandes, bzw. einer dem Verkäufer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft gerichteter Vertrag bezeichnet ist, zu entnehmen, und so kommt er zu dem Ergebnis, daß, wenn § 2033 BGB. bestimmt, der Erbe könne über seinen Erbteil verfügen, dies nicht eine dingliche Verfügung bedeute, sondern daß dem Miterben nur die Befugnis gegeben sei, zu verfügen. Ueber die Wirkung der Verfügung bestimmt dagegen § 2033 BGB. nicht. Für ihn regelt § 2033 nur die Verfügungsbefugnis, nicht die Verfügungswirkung, und so gelangt er schließlich zu dem Resultat, Verfügung über den Erbteil sei nur die Abtretung desjenigen, was den Miterben bei der Auseinandersetzung zukomme. Diese Ansicht ist mit Recht allseitig abgelehnt worden[43]). Gerade aus den §§ 445, 2385 BGB. geht klar hervor, daß Verfügung nur die dingliche Verfügung bedeutet; denn das Gesetz spricht in diesen Vorschriften von einem auf Veräußerung gerichteten Vertrag, nicht von der Veräußerung selbst. Verfügung selber ist, wie dargetan, die unmittelbare, die dingliche Verfügung, der auf Veräußerung gerichtete Vertrag ist das Kausalgeschäft, der obligatorische Vertrag. Wäre wirklich Wendts Ansicht, daß § 2033 nur die Verfügungsbefugnis und nicht die Verfügungswirkung behandele, richtig, so würde unser Thema, die Vereinigung sämtlicher Erbteile in einer Hand, von allen Gesamthandstheorien gleich gelöst werden müssen; gerade weil aber die Verfügung über den Erbteil die dingliche Verfügung ist, werden die einzelnen Theorien über die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft bei der Lösung unserer Arbeit problematisch.

Scharf zu scheiden von der Verfügung über den Erbteil ist die Abtretung des Auseinandersetzungsanspruches; ihre Zulässigkeit ist

---

[38]) Komm. v. RGR. Anm .3 zu § 2033; Soergel, Anm 5 zu § 2033.

[39]) Komm. v. RGR. a. a. O.; Soergel, a. a. O.

[40]) Ziv. Archiv, Bd. 89, S. 420 ff.

[41]) a. a. O.; sich ihm teilweise anschließend: Schmale: ZBl. f. FGG. S. 63 ff.

[42]) a. a. O. S. 433 ff

[43]) vgl. statt vieler: v. Staudinger-Herzfelder, Anm. 1a zu § 2033; Pringsheim, Diss. S. 21 ff.; Pringsheim, Rechtsstellung, S. 31; RG. 60, 126 ff.

bestritten und wird mit Recht von der herrschenden Lehre in der Literatur und vom Reichsgericht und anderen Gerichten abgelehnt[44]). Einmal würde die Zulässigkeit der selbständigen Verfügung über den Auseinandersetzungsanspruch dazu führen, daß § 2033 I Satz 2 mit Leichtigkeit umgangen werden könnte[45]). Die Abtretung des Auseinandersetzungsanspruches bedarf, vorausgesetzt natürlich, daß man ihre Zulässigkeit bejaht, im Gegensatz zur Verfügung über den Erbteil weder der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung noch sonst irgend einer Form.

Die Abtretung des Auseinandersetzungsanspruches hat aber, rein praktisch betrachtet, für den Gläubiger dieselbe Bedeutung, wie die Verpfändung des Erbteils; denn der Zweck der Bestellung eines Pfandrechts ist es, genau genommen, den Gläubiger für seine Forderung dadurch zu sichern, daß er den Ueberschuß, der sich bei der Auseinandersetzung der Miterben bei Begleichung der Nachlaßverbindlichkeiten für den Verpfänder ergibt, zu seiner Befriedigung erhält. Da dem aber so ist, so könnte in vielen Fällen dasselbe durch die formlose Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs erreicht werden, wie durch die Bestellung eines Pfandrechts nach § 2033 Abs. 1 Satz 2. Es würde einen Anreiz bilden, hauptsächlich zwecks Kostenersparnis das erstere zu wählen. Das kann aber nicht Sinn des Gesetzes sein; solche wichtigen Verträge wie die Verpfändung von Erbteilen, für die § 2033 Abs. I Satz 2 mit Recht die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt, sollen nicht durch Ersetzung formloser Geschäfte umgangen werden; sodann aber würde, wie das Reichsgericht zutreffend ausführt[46]), wenn der Erbe die Möglichkeit hätte, sowohl seinen Auseinandersetzungsanspruch abzutreten, wie seinen Erbteil zu verpfänden, der Pfandgläubiger, wenn die Verpfändung später als die Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs geschieht, und noch mehr der Erwerber der Erbteile großen Schaden erleiden. Denn für den Pfandgläubiger würde praktisch nichts mehr übrig bleiben, da der Ueberschuß nach Aufteilung der Masse dem Zessionar zukommen würde und der Erwerber würde, obwohl er nichts erhält, obendrein noch für die Nachlaßschulden haften[47]).

---

[44]) Kipp, S. 275; Leonhard, Anm. IV zu § 2033 BGB.; Krückmann, ZBl. f. FG. S. 44, 45; RG. 60, 126 f.; „Recht" 1914 Nr. 2542; OLGE. - Dresden, 40, 110; Stettin 26, 298.

[45]) So mit Recht: Krückmann, a. a. O.

[46]) RG. 60 a. a. O.

[47]) Manchmal findet man die Ansicht, wenn der Erbe sowohl über den Auseinandersetzungsanspruch wie über den Erbteil verfüge, daß dann der Pfandgläubiger vorgehe. Besser ist es aber schon, die formlose Abtretung für gänzlich unwirksam zu erklären. Krückmann, ZBl. S. 45.

Nur eine Folge dessen, daß der Erbe nach § 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB. über seinen Erbteil verfügen kann, ist es, daß der Erbteil auch gepfändet werden kann. (§ 859 Abs. 2 ZPO.). Die Pfändung erfolgt nach § 857 Abs. 1 i. Vbdg. m. § 829 ZPO. durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner und nach konstanter Praxis[48]) auch an sämtliche übrigen Miterben als Drittschuldner, während bei der rechtsgeschäftlichen Verpfändung einer Anzeige an die übrigen Miterben nach ständiger Judikatur und Literatur[49]), etwa entsprechend § 1280 BGB., nicht notwendig ist. Dies ist eine nicht zu erklärende Inkonsequenz. Es ist nicht einzusehen, weshalb zwischen Pfändung und Verpfändung eines Erbteils ein solcher Unterschied gemacht wird, daß die Pfändung eines Erbteils ohne Benachrichtigung aller Miterben unwirksam sein soll, während die Verpfändung eines Erbteils keiner Benachrichtigung bedarf und daher auch ohne sie wirksam ist. Das Reichsgericht und das Kammergericht[50]) halten eine Anzeige an die anderen Miterben nicht für notwendig, da § 1280 BGB. sich nur auf Forderungen beziehe, der Anteil eines Miterben am Nachlasse aber keine Forderung sei; denn zum Begriff einer Forderung gehöre, daß sich ein Gläubiger und ein Schuldner gegenüberstehen. Die Miterben ständen aber nicht im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern von „Mitberechtigten an der bezüglich des Nachlasses bestehenden Gemeinschaft“[51]). Der Ansicht des Reichsgerichts und des Kammergerichts, daß § 1280 auf den Erbteil als solchen keine Anwendung findet, wird zuzustimmen sein; denn ein Erbteil ist ganz etwas anderes als eine Forderung. Ist aber der Erbteil keine Forderung, dann ist es nicht zu erklären, weshalb nach der Rechtsprechung die Pfändung eines Erbteils nur wirksam ist, wenn der Pfändungsbeschluß den Miterben zugestellt wird[52]). Die Ansicht des Reichsgerichts und des Kammergerichts, daß die Pfändung eines Erbteils die Zustellung des Beschlusses an die übrigen Miterben erfordere, ist aber trotz § 857 ZPO. nur zu begrüßen; ihr liegt, wie unten noch gezeigt wird, ein sehr gesunder Gedanke zugrunde. Die Miterben, die Vermögenswerte in der Hand halten, sollen nämlich bei Unehrlichkeit des Verpfänders, wenn er sich mit ihnen, ohne etwas von der Verpfändung zu sagen, auseinandersetzt, nicht zum Schaden des Pfandgläubigers dem Schuldner bei der Teilung das ihm Gebührende

[48]) Förster-Kann, Anm. 2b zu § 859; Stein-Jonas, Anm. 2 zu § 859; RG. 74, 51 ff.; 86, 294 ff.; OLGE. (Colmar) 20, 353.

[49]) RG. 83, 27; v. Staudinger-Herzfelder, Anm. 1 zu § 2033 S. 359.

[50]) RG. 83, 27; KG. in KGJ. 33; A S. 228.

[51]) KG. a. a. O.; RG. a. a. O.

[52]) Auch § 857 Abs. 1, 2 spricht gegen die Ansicht des Reichsgerichts.

zuweisen. Dieser Gedanke müßte aber folgerecht auch bei der rechtsgeschäftlichen Verpfändung Platz finden; denn auch hier ist es möglich, daß die nichtsahnenden Miterben zum Nachteil des Pfandgläubigers sich mit dem Schuldner auseinandersetzen. Diese Inkonsequenz hat, wie noch gezeigt werden wird, ihre wahre Grundlage in der irrigen Auffassung der herrschenden Lehre, der Theorie der ungeteilteen Gesamthandsberechtigung von der Wirkung des Pfandrechts am Erbteil[53]).

Dritter Teil.

Die Veräusserung und Belastung sämtlicher Erbteile zu Gunsten einer einzigen Person

1. Abschnitt: Folgen der Vereinigung aller Erbteile in einer Hand.

§ 7. Erbrechtliche Folgen, keine Erbnachfolge des Erwerbers.

Eine äußerst bestrittene Frage, die bisher in der Literatur in der Regel nur für den Fall der Verfügung über einen Erbteil behandelt worden ist[54]), ist die, welche Rechtstellung der Erwerber eines Erbteils hat, nämlich, ob der Erwerber des Erbteils Erbe wird. Diese Frage ist aber in dem hier vorliegenden Falle, bei dem Erwerb[55]) sämtlicher Erbteile durch eine Person, noch viel bedeutsamer; denn wenn jetzt einer an die Stelle aller Miterben getreten ist, so könnte man annehmen, daß er als Herr des Nachlasses jetzt allein Erbe ist. Dennoch ist diese Frage zu verneinen[56]), und zwar deshalb, weil Erbe im Rechtssinne nur der ist, der sein Recht un-

---

[53]) Vgl. Krückmann, ZBl. S. 43/44.

[54]) Für Erwerb sämtlicher Erbteile: Endemann in JW. 1910 S. 95.

[55]) Die Streitfrage taucht nur bei der Veräußerung, nicht auch bei der Belastung auf, da diese nur vorübergehend ist; dennoch ist die Klärung dieser Streitfrage für alle Arten der Vereinigung sämtlicher Erbteile in einer Hand wichtig. Denn ihre Lösung ist grundlegend für die Frage der sachenrechtlichen Folgen der Verfügung über alle Erbteile zugunsten einer einzigen Person.

[56]) Wie hier Komm. v. RGR. Anm. 1 zu § 2033; Planck, Anm. 3 zu § 2033; OLGE. - Dresden 16, 252; und viele andere, insbesondere Strohal, S. 920 ff.; a. M.: Endemann, S. 1108 und in JW. 1910 S. 98 ff.; Leonhard, Anm. III A I 4 zu § 2053; KGJ. - Colmar. 26 A, 311.

mittelbar vom Erblasser herleitet, der Gesamtnachfolger des Erblassers ist[57]). Es kann zwar jemand den gesamten Nachlaß, sei es durch Erwerb sämtlicher Erbteile, sei es durch Erwerb sämtlicher einzelnen Gegenstände, erwerben. Damit hat er dann tatsächlich das erworben, was früher Eigentum des Erblassers war. Rechtlich hat er jedoch das Eigentum, das infolge des Erbfalls bereits auf die veräußernden Miterben übergegangen war, erworben. Der Erwerb unter Lebenden ist aber niemals Erwerb von Todeswegen, selbst wenn man von dem Lebenden das gesamte von Todeswegen erworbene Vermögen erwirbt. Ja sogar, wenn man von Todeswegen von den Miterben die ihrerseits auch wieder von Todeswegen erworbene Erbschaft erwirbt, wird man doch nicht Erbe des Erblassers der Miterben, weil es hier ebenfalls an einer entsprechenden Willenserklärung des Erblassers[58]) und an dem Begriffe der Unmittelbarkeit des Erwerbes fehlt. Dem steht nicht entgegen, daß nach herrschender und richtiger Lehre[59]) der Nacherbe Erbe wird, sobald der Nacherbfall eintritt, denn der Nacherbe bekommt das Vermögen, wenn auch nicht unmittelbar von dem Erblasser, da es zunächst die Vorerben innehatten, so doch auf Grund der Willenserklärung des Erblassers. Die hier vertretene Auffassung wird auch durch das Wort „Erbe" gestützt, das überall im Gesetz nur im

---

[57]) Praktisch bedeutsam wird die Streitfrage bezügl. der Frage, ob der Erwerber die Ausstellung eines Erbscheins auf sich oder wenigstens die Einziehung des den Veräußerer erteilten Erbscheins verlangen kann. Die erste Frage ist mit der herrschenden Lehre zu verneinen; denn der Erbschein darf nur auf den Erben lauten, auf keine andere Person (§ 2353 BGB.). Würde der Erwerber die Ausstellung eines Erbscheins auf sich verlangen können, so würde es den nach §§ 2365, 2366 BGB. unrichtigen Anschein erwecken. als stände auch die Gültigkeit des Veräußerungsgeschäfts unter dem öffentlichen Glauben des Erbscheins. (Kipp, S. 196); KG. in KGJ. 30, A. S. 105; auch würde, wie Strohal (S. 935 ff.), zutreffend ausführt, das Nachlaßgericht nachforschen müssen, ob nicht der Erbteil weiter veräußert worden ist. Die zweite Frage ist dagegen m. E. gegen die h. L. zu bejahen. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Erben, wenn sie den gesamten Nachlaß veräußert haben, noch im Besitze eines Erbscheins verbleiben sollen. Der Erwerber liefe bei Unredlichkeit des Veräußerers Gefahr, durch nochmalige Verfügung über die Erbteile an einen redlichen Dritten geschädigt zu werden. Endemann, S. 1109.

[58]) Eine Willenserklärung erübrigt sich natürlich in dem Falle der gesetzlichen Erbfolge. Aber auch bei gesetzlicher Erbfolge wird aus den anderen Gründen der Erbe des Erben niemals Erbe des Erblassers des Erben.

[59]) Kipp, S. 315.

technischen Sinne gebraucht wird. Endemann[60]) wendet dagegen ein, es gebe eine Reihe von Vorschriften, in denen das Wort „Erbe" keineswegs im technischen Sinne[61]) gebraucht sei, und glaubt damit die hier gebilligte Meinung zu widerlegen. Endemanns Ansicht ist aber unzutreffend; wenn es auch richtig ist, daß im Falle des § 569 BGB. der Erbeserbe das außerordentliche Kündigungsrecht hat, so liegt es doch nicht, wie Endemann schließt, daran, daß er etwa Erbe des Erblassers des Erben ist, sondern daran, daß er seinerseits wieder das außerordentliche Kündigungsrecht s e i n e s Erblassers aus § 569 BGB. geerbt hat. Genau so liegt es im § 1502; da das Uebernahmerecht des Ehegatten nicht auf seinen Erben übergeht, ist es nicht Vermögensbestandteil des Erben geworden, und weil es nicht Vermögensbestandteil des Erben geworden ist, so kann er es seinerseits auch nicht weiter vererben. Endemann übersieht also, daß die Rechte, die in den von ihm zitierten Gesetzesstellen den Erben gegeben sind, nicht deshalb auf den Nachfolger des Erben übergehen, weil er Nachfolger des Erblassers, sondern weil er Nachfolger des veräußernden Erben ist. Denn durch die Veräußerung der Erbteile gehen auf den Erwerber alle Rechte der Miterben über, und weil sie alle übergehen, kann er sie alle geltend machen, ohne damit selbst zum Erben geworden zu sein. Daß der Erwerber der Erbteile nicht Erbe wird, sieht man auch daran, daß die Haftung der veräußernden Miterben trotz der Uebertragung der Erbanteile bestehen bleibt, (§§ 2382 Abs. 1, 2385 BGB.). Würden die Veräußerer nicht Miterben bleiben, so wäre es nicht erklärlich, wie sie forthaften sollten. Denn ihre Haftung beruht doch darauf, daß sie Erben sind, (§ 2058 BGB.). Ebensowenig wie ein Schuldner, dessen Schuld ein anderer ohne Genehmigung des Gläubigers übernimmt, seine Schuld los wird, ebensowenig werden auch die Miterben, die ihre Erbteile an einen Dritten oder einen anderen Miterben veräußern, ihrer Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern bar. Dadurch, daß auch der Käufer oder sonstige Erwerber den Nachlaßgläubigern haftet (§§ 2382, 2385), wird er noch nicht Erbe; denn die Mithaftung für die Nachlaßschulden beruht auf demselben Gedanken wie § 419 BGB., nämlich darauf, daß, wenn jemand das Vermögen eines anderen übernimmt, dadurch die Gläubiger geschädigt werden können und es daher nicht mehr als recht und billig ist, daß der Erwerber wenigstens mit dem übernommenen Vermögen haftet. Daß der Verkäufer nach wie vor Erbe bleibt, ergibt sich auch daraus, daß, wenn bei Veräußerung e i n e s Erbteils nach dem Abschlusse des Kaufes dem Verkäufer infolge einer

[60]) z. B. §§ 2087, 569, 1502, 81 Abs. 2, Satz 3, 1097, 1609 Satz 1 BGB., 167 Abs. 2 VVG.

[61]) JW. 1910, S. 91.

Nacherbefolge oder des Wegfalls von Miterben ein zweiter Erbteil anfällt, dieser im Zweifel als nicht mitverkauft gilt (§ 2373 BGB.)[62]). Würde aber auch das Erbrecht auf den Erwerber übergehen, so würde es nicht begreiflich sein, wie dann der Verkäufer noch einen Erbteil erwerben kann. Denn dieser Hinzuerwerb eines nach dem Kaufe angefallenen Erbteils findet doch seine Rechtfertigung nur darin, daß der Verkäufer noch Erbe ist, da nur Erben Vermögensbestandteile des Erblassers unmittelbar und kraft der Willenserklärung desselben erwerben können. Da aber nur einer Erbe sein und bleiben kann, nämlich entweder der Veräußerer oder der Erwerber, und sich aus dem Gesetz klar ergibt, daß der Verkäufer trotz Veräußerung des Erbteils und Erwerb sämtlicher in ihm vorhandenen Rechte durch den Nachfolger Erbe bleibt, so kann es der Erwerber niemals werden, selbst dann nicht, wenn er die ganze Erbschaft durch Uebertragung sämtlicher Erbteile auf ihn erworben hat. Zwar kann der Fall des § 2373 hier nicht mehr eintreten, da es nach Veräußerung sämtlicher Erbteile unmöglich ist, daß noch ein Miterbe wegfällt. Aber daraus kann man noch (längst) nicht schließen, daß beim Erwerb aller Erbteile durch eine und dieselbe Person der Erwerber doch Erbe werde. Denn abgesehen davon, daß es auch hier an der Unmittelbarkeit des Erwerbes von dem Erblasser selbst her und an einer diesbezüglichen Willenserklärung desselben fehlt, bleibt ja die Haftung des veräußernden Miterben für die Nachlaßschulden nach wie vor bestehen, §§ 2382, 2385. Das Ergebnis ist somit, daß der Erwerber sämtlicher Erbteile, genau so wie der Erwerber nur eines Erbteiles, durch den Erwerb der Erbteile niemals Erbe im Rechtssinne, sondern nur Rechtsnachfolger des Erben im gewöhnlichen Sinne des Wortes wird, d. h. er tritt in alle Rechte ein, die diesem an den einzelnen Gegenständen zustanden, während das Erbrecht als solches dem Miterben verbleibt, mit dem er allerdings nichts anfangen kann und anzufangen braucht.

Zu diesem Ergebnis, daß der veräußernde Miterbe Erbe bleibt und daß der Erwerber niemals Erbe wird, kann nur die Theorie der geteilten Mitberechtigung kommen. Denn nach ihr ist der Anteil am Ganzen nicht die Mitgliedschaft, sondern die Summe der den Miterben an den einzelnen Gegenständen zustehenden Anteilsrechte. Wer aber nur die Summe von Anteilen erwirbt, kann nur, wie noch ausführlich gezeigt werden wird, die in ihr enthaltenen Rechte erwerben, also niemals das Erbrecht. Deshalb ergibt sich schon bei dieser Frage, daß die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung im Unrecht ist, wenn sie den Erbteil als die Mitgliedschaft zur Gemeinschaft auffaßt. Wäre er wirklich die Mit-

[62]) Planck, Anm. 3 zu § 2033.

gliedschaft, so müßte eigentlich folgerichtig auch das Erbrecht des Erblassers auf den Erwerber des Erbteils mit übergehen. Denn durch die Veräußerung scheidet der Miterbe doch nach der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung aus der Erbengemeinschaft aus. Wer aber nicht Mitglied einer Gemeinschaft ist, kann weder Mitgliedschaftsrechte, noch Mitgliedschaftspflichten weiter haben. Nach der Theorie der geteilten Mitberechtigung verliert der veräußernde Miterbe und bei Uebertragung sämtlicher Erbteile verlieren alle Miterben nur die Einzelrechte an den einzelnen Gegenständen; Erben bleiben sie aber deshalb doch[63]). Nur die Theorie der geteilten Mitberechtigung kommt also zu dem richtigen Ergebnis, daß Erbrecht und Anteil am Nachlaß ganz verschiedene Wege gehen können, daß also durch Veräußerung der Erbteile niemals das Erbrecht als solches auf den Erwerber eines oder aller Erbteile mit übergeht. Die Veräußerung der Erbteile kann sich also niemals auf die angebliche Mitgliedschaft, sondern nur auf die einzelnen im Erbteil enthaltenen Anteilsrechte an den Gegenständen beziehen[64]). Dies hat seine große Bedeutung für die Frage, welche dinglichen Folgen die Uebertragung oder Belastung sämtlicher Erbteile zugunsten einer einzigen Person hat.

§ 8. Sachenrechtliche Folgen, Entstehung dinglichen Rechts (Eigentums, Pfandrechts, Nießbrauchs) an den einzelnen Gegenständen.

Nach der Theorie der geteilten Mitberechtigung kann es keinem Zweifel unterliegen, daß durch Veräußerung oder Belastung aller Erbteile zugunsten einer einzigen Person ein dingliches Recht des Erwerbers an den einzelnen Gegenständen entsteht. Denn nach ihr sind die Anteile an den einzelnen Gegenständen Quoten, echte Sachenrechte; der Anteil am Ganzen ist nur die Summe dieser Teilsachenrechte, die wir zwar, wie wir gesehen haben, zu einer Gesamtheit zusammenfassen können, die aber niemals eine Einheit in dem strengen Sinne ist, daß die einzelnen Bestandteile in ihr verschwinden[65]). Die notwendige Folge der Uebertragung und Belastung der Erbteile muß daher sein, daß die einzelnen Anteile mitübertragen und mitbelastet werden; denn ganz gleich, ob man sich den Anteil am Ganzen als Summe oder als Gesamtheit vorstellt, muß eine Veränderung an den einzelnen Gegenständen eintreten; in dem Anteil am Ganzen denken wir eben notwendigerweise die Rechte an den Einzelstücken mit. Erwirbt daher ein Miterbe durch Vollüber-

[63]) Krückmann, ZBl. FG. S. 20.
[64]) Krückmann a. a. O.
[65]) Krückmann, ZBl. FG. S. 19/20.

tragung von dem anderen Miterben ihre Erbteile oder veräußern sämtliche Miterben ihre Erbteile an einen außenstehenden Dritten, so erwirbt dieser das alleinige Eigentum an sämtlichen Gegenständen. Zu diesem Ergebnis kommt auch die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung, aber von einer gänzlich falschen Begründung aus. Sie sagt zwar zutreffend, daß die Erbengemeinschaft bei der Uebertragung sämtlicher Erbteile an eine Person aufgelöst wird; sie schließt daraus, daß der Erwerber Eigentümer aller Gegenstände wird. Sie übersieht dabei aber, daß die Frage, ob der Erwerber ein dingliches Recht an den einzelnen Gegenständen erwirbt, nichts mit der Auflösung der Erbengemeinschaft gemein hat. Diese tritt vielmehr deshalb ein, weil keine Miterben mehr vorhanden sind und an ihre Stelle eine einzige Person getreten ist. Der Erwerb des Eigentums an den einzelnen Gegenständen ist dagegen nur eine Folge davon, daß ein einziger mit sämtlichen Erbteilen doch immer alle einzelnen Anteile an den einzelnen Gegenständen erwerben muß[66]). Daß die Ansicht der herrschenden Meinung nicht richtig ist, zeigt sich in dem Falle, in dem nicht ein Miterbe, sondern ein Fremder die Erbteile erwirbt. In dem ersten Falle kann sie den Eigentumserwerb noch durch das sogenannte Anwachsungsprinzip erklären. Wie sie aber den Erwerb des Alleineigentums in dem Falle begründen will, in dem nicht ein Miterbe, sondern ein Dritter alle Erbteile erwirbt, bleibt unerklärlich; denn hier kann sie nicht mit dem Anwachsungsprinzip die Frage lösen, da der erwerbende Dritte vor Uebertragung der Erbteile im Gegensatz zu dem erwerbenden Miterben noch gar nicht Mitglied der Gesamthand war. Im Gegensatz zu der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung erklärt die hier vertretene Theorie in beiden Fällen den Erwerb des Eigentums an sämtlichen einzelnen Gegenständen und die Auflösung der Erbengemeinschaft auf einfache Weise. Nach ihr hat jeder Miterbe einen bestimmten Anteil an jeder Sache. Zu diesem Anteil gehört ihm das Eigentum an ihr. Erwirbt er also die Erbteile der anderen Miterben, so erwirbt er nur die einzelnen Quoten, die diesen an den einzelnen Gegenständen zustehen, hinzu, während er seinen eigenen Anteil hat. Es wachsen ihm also nicht, wie es nach der Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung der Fall ist, die Anteile der anderen Miterben zu seinem Anteil an der u n g e t e i l t e n Erbengemeinschaft zu, sondern er erwirbt nur die T e i l e davon, die nicht in seinem Erbteile lagen. Es besteht von vornherein eine geteilte, durch das Gesamthandsverhältnis gebundene Gemeinschaft der Miterben. Nicht anders liegt es in dem

---

[66]) Das zeigt sich, worauf wir sogleich noch ausführlich zurückkommen werden, besonders beim Pfandrecht an allen Erbteilen.

Falle, in dem ein Dritter von allen Miterben die Erbteile erwirbt. Er erwirbt hier das Eigentum nacheinander oder zugleich an sämtlichen Anteilen, und sobald sämtliche Anteile in seiner Hand vereinigt sind, ist er Alleineigentümer der Erbschaft. Das folgt unserer Auffassung nach daraus, daß der Anteil am Ganzen die Summe der Anteile an den einzelnen Gegenständen ist, ohne daß dadurch etwa die Gesamtheitsvorstellung gegenstandslos wird. Wer also alle Erbteile erwirbt, erwirbt damit alle Anteile an den einzelnen Gegenständen, und somit den gesamten Nachlaß. So erklärt die Theorie der geteilten Mitberechtigung auf richtige Weise die Auflösung der Erbengemeinschaft, und zwar in beiden Fällen. Denn nur solange alle Miterben vereinigt sind, besteht eine Erbengemeinschaft, § 2032 BGB. In dem Augenblick, wo ein einziger Herr des Nachlasses ist, kann es keine Erbengemeinschaft mehr geben. Wohl bleibt die Erbengemeinschaft bestehen, wenn einer einzigen Person an den Erbteilen das Pfandrecht oder der Nießbrauch bestellt wird; die Miterben sind hier nach wie vor verbunden. Dem steht aber nicht entgegen, daß der Pfandgläubiger und der Nießbraucher das Pfandrecht und den Nießbrauch an allen einzelnen Gegenständen erwerben. Denn wenn bei Vollübertragung der Erwerber Eigentum an den einzelnen Gegenständen erwirbt, so muß er bei der qualitativ beschränkten Uebertragung notwendigerweise ein Pfandrecht und einen Nießbrauch an ihnen erwerben[67]). Sind nun einer und derselben Person alle Erbteile verpfändet[68]), so ist die Folge, daß an allen einzelnen Gegenständen ein Pfandrecht entsteht; denn die Summe der einzelnen Anteile am Ganzen bildet ja den Nachlaß als solchen. Man könnte vielleicht nur Bedenken haben, ob ein einziges Pfandrecht an den einzelnen Nachlaßgegenständen entsteht oder mehrere Teilpfandrechte, je nachdem, wieviel Teilpfandrechte vorhanden sind. Sind beispielsweise zwei Miterben vorhanden, so könnte man auf den Gedanken kommen, der Pfandgläubiger erwerbe zwar ein Pfandrecht, aber immer nur an den einzelnen Quoten, nicht an dem ganzen Gegenstand als einem einheitlichen. Diese Folge wäre jedoch unrichtig. Denn wenn mir z. B. von einem Gläubiger, der eine Forderung von 1000.— ℳ gegen seinen Schuldner hat, zunächst ein Teilbetrag von 500.— ℳ abgetreten wird und späterhin der Rest, so habe ich damit nicht zwei Forderungen gegen den Schuldner, sondern nur eine, die ich selbstverständlich jederzeit wieder teilen kann, indem ich vielleicht 500.— ℳ weiter zediere. Noch deutlicher wird es, wenn ich zunächst Miteigentümer

---

[67]) Krückmann, ZBl. FG. S. 19.

[68]) Der Vereinfachung halber sprechen wir in folgendem nur von Pfandrecht. Das gleiche gilt aber für den anderen Fall der Belastung, den Nießbrauch.

einer Sache zur Hälfte oder zu einem Drittel bin und dann späterhin die andere Hälfte oder die beiden anderen Drittel hinzuerwerbe. Auch hier werde ich durch den Hinzuerwerb Alleineigentümer der ganzen Sache als ungeteilter, nicht Alleineigentümer zu zwei ideellen Hälften. Nicht anders steht es aber beim Pfandrecht an allen Erbteilen; nicht erwirbt der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an jedem einzelnen Quote, sondern ein einziges Pfandrecht an dem gesamten Gegenstand.

Es kann auch gar nicht anders sein, daß man ein Pfandrecht an den einzelnen Nachlaßgegenständen erwirbt; denn sind mir alle Erbteile verpfändet, so ist mir eben alles verpfändet, in was sich das Vermögen des Erblassers gespalten hat. Deshalb ist es als (zweifellos) unrichtig, wenn Binder[69]), der doch an sich auf dem Standpunkt der von uns vertretenen Theorie steht, die Meinung vertritt, daß das Pfandrecht am Erbteil ein Recht eigener Art, ein absolutes, aber kein dingliches Recht ist. Diese Ansicht Binders ist aber inkonsequent; denn wenn er selbst lehrt, daß der Anteil am Ganzen nichts anderes als die Summe der den Miterben an den einzelnen Gegenständen zustehenden Anteilsrechte ist, so ist es unerklärlich, wie er dann auf den Gedanken kommen kann, es werde durch die Verpfändung nur der Erbteil als solcher belastet.

Dieses Ergebnis, daß durch Pfandrecht an allen Erbteilen auch ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen entstehen muß, kann die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung, wenn man sie konsequent vertritt, niemals erreichen, ja es ist vielleicht gar nicht einmal richtig, wie noch gezeigt werden soll, wenn wir sagen, daß sie niemals zu diesem Resultat gelangen kann. Denn es ist vielleicht gar nicht ersichtlich, wohin sie überhaupt kommt. Beim Erwerb durch Vollübertragung kommt sie um das Problem herum, indem sie sich einfach mit dem An- und Abwachsungsprinzip und der Auflösung der Gesamthand hilft. Beim Pfandrecht und Nießbrauch an allen Erbteilen kann sie es jedoch nicht. Bis jetzt hat leider die Rechtsprechung, die mit Ausnahme des Bayerischen Obersten Landesgerichts[70]) auf dem Standpunkt der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung steht, sich noch niemals mit der Wirkung des Pfandrechts an allen Erbteilen auseinandersetzen können; sie hat bis jetzt in allen Fällen, die ihr zur Entscheidung vorlagen, sich immer nur mit dem Pfandrecht an einem Erbteil zu beschäftigen gehabt. Bei dem Pfandrecht an einem Erbteil kommt die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung in keine Verlegenheit, wie sie es bei dem Pfandrecht an allen Erbteilen kommen muß. Nach der

---

[69]) Binder, die Rechtsstellung des Erben, S. 307.

[70]) Bay. Ob.LG. Seuff Arch. Bd. 66, S. 275; im Recht 1907, Nr. 3827.

Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung sind die Anteile an den einzelnen Gegenständen keine Quoten, wie sie nach der Theorie der geteilten Mitberechtigung sind; sie sind nach ersterer überhaupt keine fest bestimmten Anteile, sondern personenrechtlicher Natur, sie fließen aus der Mitgliedschaft. Nach ihr besteht demzufolge das Pfandrecht am Erbteile nur am Erbteil als solchem oder, wie es das Reichsgericht[71]) ausdrückt, nur „an dem Recht des Miterben, an dem Nachlaß als einem Inbegriff von Rechten und Pflichten". Der Pfandgläubiger erlangt also nach Ansicht des Reichsgerichts, vom Standpunkt der herrschenden Lehre durchaus richtig gedacht, weder ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen, noch an den nach dieser Ansicht personenrechtlichen Anteilen daran, letzteres mit der Begründung, daß der Miterbe darüber nach § 2033 II nicht verfügen kann. Beim Pfandrecht an einem Erbteil erscheint dies, wenn auch schon nicht einleuchtend, so doch immerhin folgerichtig und vertretbar. Beim Pfandrecht an allen Erbteilen kommt dagegen die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung zu einer Folgerung, und muß, wenn man sie streng durchführt, zu ihr kommen, die überhaupt nicht faßbar und begreiflich erscheint. Denn wenn ein Anteil am Ganzen nicht die Summe der Anteile an den einzelnen Gegenständen ist, so können nach dieser Theorie auch nicht zwei Anteile die Summe der Anteile an den einzelnen Gegenständen ausmachen, mit anderen Worten, die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung kommt zu dem überraschenden, von ihr aus allerdings folgerichtigen Ergebnis, daß beim Pfandrecht an allen Erbteilen, kurz, wenn also die ganze Erbschaft verpfändet wird, doch nur ein Pfandrecht an den Anteilen am Ganzen als solchen, niemals an den Anteilen an den einzelnen Gegenständen oder an den letzteren selbst entsteht. Die Belastung sämtlicher Erbteile zugunsten einer einzigen Person mit einem Pfandrecht würde also bedeuten, daß das Pfandrecht, um mit dem Reichsgericht zu sprechen, nur das Pfandrecht an den Rechten der Miterben als einem Inbegriff von Rechten und Pflichten bestehen würde. Dieses Ergebnis ist unhaltbar. Die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung kann doch nicht leugnen, daß, wenn mehrere Erben vorhanden sind, die Erbschaft in mehrere Teile zerfällt. Das ist auch von ihrem Standpunkt aus unbestreitbar, da § 2032 BGB. ja ausdrücklich sagt, daß, wenn der Erblasser mehrere Erben hinterläßt, der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben wird; § 2033 BGB. bestimmt dementsprechend, daß der Erbe über seinen Anteil am Ganzen, d. h. über seinen Anteil am Nachlaß, verfügen kann. Damit sagt doch das Gesetz ganz eindeutig, daß die Summe aller Erbteile nur das gemeinschaftliche Vermögen, also die ganze

[71]) RG. 84, 395; 90, 235.

Erbschaft begreifen kann. Die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung kommt aber zu dem eigentümlichen Resultat, das zwar unleugbar wegen der unzweideutigen Bestimmungen des Gesetzes, §§ 2032, 2033 BGB, die sämtlichen Erbteile die Erbschaft ausmachen, daß aber, wer ein Pfandrecht an allen Erbteilen hat, doch nur an ihnen allen als einem Inbegriff von Rechten und Pflichten ein Pfandrecht habe. Dieser Satz, daß das Pfandrecht nur an einem Inbegriff von Rechten und Pflichten bestehen solle, wie ihn das Reichsgericht in ständiger Judikatur aufstellt, widerlegt aber meiner Meinung nach die herrschende Lehre selbst, besonders, wenn man sie auf das Pfandrecht an allen Erbteilen anwendet. Denn es will doch nicht begreiflich erscheinen, daß zwar die Summe der Erbteile unbestreitbar die Erbschaft als solche ausmacht, daß aber bei Belastung der sämtlichen Erbteile mit einem Male die in der Gesamtheit enthaltenen Rechte verschwinden sollen. Das Reichsgericht faßt zwar — durchaus zutreffend — die in dem Erbteil enthaltenen Rechte und Pflichten zu einer Einheit zusammen, übersieht aber dabei, daß in dem Recht an der Gesamtheit notwendigerweise die Rechte an den einzelnen Gegenständen mitgedacht werden, daß mithin diese Rechte mit den entsprechenden Pflichten niemals unberührt von dem Pfandrecht und Nießbrauch an den Anteilen am Ganzen bleiben können[72]). Genau so wie bei einem Pfandrecht an einer Bibliothek, einer Herde nur die einzelnen Stücke belastet sind und man sich dieses Pfandrecht dennoch nur an der Einheit als solcher, der Bibliothek, der Herde vorstellt, genau so werden in Wahrheit beim Pfandrecht an den Erbteilen nur die einzelnen Gegenstände belastet, wiewohl man sich das Pfandrecht als Pfandrecht an der Gesamtheit vorstellt. Dadurch, daß das Reichsgericht und mit ihm die herrschende Lehre annimmt, daß nur die Erbteile als solche, nicht aber die einzelnen Gegenstände belastet werden, bringt es etwas in das Gesetz, was ihm widerspricht, nämlich die Zulässigkeit von Rechten an Inbegriffen. Das Bürgerliche Gesetzbuch verwirft aber den Inbegriff als eine besonderer Rechte fähige Einheit; dadurch wird selbstverständlich die Gesamtheitsvorstellung nicht gegenstandslos. Es erwähnt weder den Sach- noch den Rechtsinbegriff in der Gesetzessprache, wiewohl aus dem Sinn mancher Vorschriften, §§ 588, 589, 1048, hervorgeht, daß es auch Rechtsgeschäfte über Sachmehrheiten gibt. Auch an der Zulässigkeit einer dinglichen Universalklage, der hereditatis petitio, § 2018, sieht man, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auch einen einheitlichen Rechtsinbegriff kennt. Aber das Entscheidende ist, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, niemals aus Rechtsgründen, mehrere Gegenstände, sei es zu einer Sach-, sei

[72]) Krückmann, ZBl. f. FG. S. 19.

es zu einer Rechtsmehrheit zusammenfaßt. Es gibt kein Recht an einem Inbegriff, weder an einem Inbegriff von Sachen, noch an einer Vermögensgesamtheit[73]). Es gibt nur Rechte an den einzelnen, zum Inbegriff gehörenden Sachen und Rechten, vor allem gibt es kein Recht an einem Inbegriff von Rechten und Pflichten, selbst nicht, was man vom Standpunkt der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung zur Rechtfertigung dieser Lehre anbringen möchte, bei der Verpfändung eines Geschäftsanteils einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, auf die wir noch zu sprechen kommen. Jedes Recht an jeder einzelnen Sache und jedes Recht an jedem einzelnen Rechte geht seinen eigenen Weg hinsichtlich der Entstehung, der Wirkung und des Erlöschens[74]). Aber noch mehr als das Recht am Inbegriff von Rechten erscheint das Recht an einem Inbegriff von Pflichten juristisch vollkommen abwegig und wird auch dadurch nicht gerechtfertigt, daß man schon die Worte „Rechte und Pflichten" zusammenfaßt und von einem „Inbegriff von Rechten und Pflichten" spricht. An einer Pflicht kann ich doch niemals ein Recht haben, genau so wenig, wie an einer Schuld. Rechte kann ich doch nur an Sachen oder an Rechten haben. Ein Pfandrecht kann ich nur an den Aktiven eines Vermögens haben, niemals an den Passiven. Auch dies kommt wieder deutlich beim Pfandrecht an allen Erbteilen zum Ausdruck. Es ist doch geradezu unmöglich, zu sagen, daß, wenn einem Gläubiger sämtliche Erbteile verpfändet sind, er dann nicht an den einzelnen Gegenständen, sondern auch noch obendrein an den Pflichten, die doch weder Sachen noch Rechte sind, ein Pfandrecht erwirbt. Verständlich ist daher, wie Krückmann[75]) zutreffend ausführt, das Wort „Pflicht" nur, wenn man an Stelle von Erbteil die Erbenstellung setzt. Damit widerlegt sich die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung selbst; denn der Erbteil hat, wie wir dargelegt haben, mit dem Erbrecht nichts zu tun.

Man könnte nun einwenden, es sei doch gar nichts Ungewöhnliches, daß jemand ein Pfandrecht an einem Inbegriff von Rechten und Pflichten bestellt bekommen kann; man denke doch nur, so könnte man sagen, an den Geschäftsanteil bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ja, so könnte man weiter argumentieren, es sei doch möglich, daß sämtliche Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung einer einzigen Person, die sie als Bürgen gesamtschuldnerisch, § 769 BGB., für eine Gesellschaftsschuld haften, ihre Anteile an der Gesellschaft mit beschränkter Haftung verpfänden, hier entstehe doch auch nur ein Pfandrecht an den Anteilen als solchen und nicht an den einzelnen Gegenständen. Mit

[73]) Wolff, S. 151, 602; RG. 53, 219 ff.
[74]) Krückmann, a. a. O., S. 19.
[75]) S. 18, 19.

diesem Gegenargument würde sich jedoch die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung selbst schlagen, und sie kann es deshalb auch gar nicht bringen. Denn die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine juristische Person und die Gesamthand soll, wie mit größter Energie von den Anhängern der Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung behauptet wird, eben keine juristische Person sein. Deshalb würde dieser Einwand die hier vertretene Ansicht, die Theorie der geteilten Mitberechtigung, nicht widerlegen, sondern gerade damit ihre Richtigkeit beweisen. Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist es ganz richtig, daß der Geschäftsanteil ebenso wie bei der Aktiengesellschaft die Aktie die Mitgliedschaft[76]), d. h. den Inbegriff von Mitgliedschaftsrechten und Mitgliedschaftspflichten bedeutet. Hier ist dieser Ausdruck aber auch berechtigt. Denn die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Aktiengesellschaft sind juristische Personen. Das Vermögen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaft gehört diesen, nicht den Gesellschaftern und den Aktionären. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Aktiengesellschaft sind selbst vermögens- und erwerbsfähig; für ihre Verbindlichkeiten haften nur sie, nicht die Gesellschafter oder Aktionäre persönlich. Ganz anders liegt es aber doch bei den Gesamthändern bei der Erbengemeinschaft; sie haften persönlich für die Schulden des Erblassers, und zwar als Gesamtschuldner (§ 2058 BGB.). Ihnen selbst, nicht einer von ihnen verschiedenen Rechtspersönlichkeit, gehört, wie doch immer die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung betont, das Vermögen, sie sind in ihrer Gesamtheit Eigentümer. Deshalb kann der Inbegriff von Rechten und Pflichten, von denen das Reichsgericht bei dem Erbteil spricht, nur die Summe der Anteilsrechte an den einzelnen Gegenständen sein, nicht etwas besonderes, da sonst die Erbengemeinschaft eine juristische Person sein würde und der Anteil am Ganzen der Ausdruck der Anteilschaft an ihr. Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaft hat es dagegen einen sehr guten Sinn, von einem Inbegriff von Rechten und Pflichten zu sprechen; dort hat dies auch eine ganz andere Bedeutung. Dort bedeuten die Rechte des Gesellschafters und des Aktionärs nicht etwa dingliche Rechte an den einzelnen Gegenständen, die ja der juristischen Person zustehen, sondern das Dividendenrecht, das Stimmrecht, kurz zusammengefaßt, die verschiedenartigen Mitgliedschaftsrechte. Denn zu den einzelnen Gegenständen haben der einzelne Gesellschafter und der einzelne Aktionär überhaupt keine Rechts-

[76]) Daneben versteht man unter „Aktie" auch noch den Anteil (Bruchteil des Grundkapitals) und die Aktienurkunde. Jul. v. Gierke, S. 202 ff.

beziehungen. Die Pflicht ist die Einlagepflicht, bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch die Nachschußpflicht, kurz zusammengefaßt, es sind die echten Mitgliedschaftspflichten. Hier bei der Erbengemeinschaft sind die Rechte in erster Linie die Rechte an den einzelnen Gegenständen, daneben bestehen natürlich noch andere Rechte, so das Recht auf Auseinandersetzung, das Verwaltungsrecht; dies ist aber nicht mitgliedschaftlicher Natur im Sinne des Rechtes bei dem Geschäftsanteil und der Aktie, sondern nur Ausfluß der Stellung und Teilhaberschaft als Gemeinschafter, eine notwendige Folge dessen, daß man mit mehreren verbunden ist. Selbstverständlich hat der einzelne Miterbe auch Pflichten, aber auch wieder ganz anderer Natur als der Gesellschafter bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Aktionär. So hat er den anderen gegenüber die Pflicht, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung und der Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung nach den Verhältnissen seines Erbteils zu tragen, §§ 2038 I Satz 1, 748 BGB. Auch diese Pflichten rühren nur wieder daher, daß man miteinander zu einer Gemeinschaft verbunden ist; sie sind ganz anderer Natur als die echt mitgliedschaftlichen Pflichten bei der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Wenn ich mit mehreren Mietern in einem Hause zusammenwohne, habe ich auch die Pflicht, die anderen nicht zu stören, weil ich eben mit ihnen zusammenwohne. Niemand wird aber behaupten, daß dies eine Mitgliedschaftspflicht ist, und nicht anders liegt es bei der Erbengemeinschaft. Deshalb hat derjenige, der ein Pfandrecht an allen Aktien bei der Aktiengesellschaft oder an allen Geschäftsanteilen bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat, nur ein Pfandrecht an diesen. Wer aber ein Pfandrecht an einem Erbteil hat, kann nur ein Pfandrecht an den einzelnen Nachlaßgegenständen haben; denn sie bilden den Nachlaß. Das wird klar, wenn man die Verpfändung einer Aktie oder eines Geschäftsanteils mit der Verpfändung eines oder aller Erbteile vergleicht. Beim Pfandrecht an einem Geschäftsanteil, bezw. einer Aktie erwirbt der Pfandgläubiger auch nicht etwa ein Pfandrecht an dem „Inbegriff von Rechten und Pflichten", sondern er hat regelmäßig nur das Recht seiner Befriedigung aus dem Pfande, §§ 1204, 1273 BGB. Niemals hat er ein Pfandrecht am Stimmrecht. Die Ausübung des Stimmrechts kann nicht aus dem Pfandrecht fließen; das Stimmrecht kann der Pfandgläubiger nur kraft Vollmacht des Verpfänders ausüben[77]). Das ist aber nichts dem Pfandrecht eigentümliches; das kann auch jeder andere, der gar kein Recht an dem Geschäftsanteil oder der Aktie hat. Und noch viel weniger hat er ein Pfandrecht an den

[77]) Scholz, Anm. VIII e zu § 15, G. m. b H.-Ges.

Mitgliedschaftspflichten; alleiniger Träger derselben bleibt der Verpfänder[78]). Das alles beachtet das Reichsgericht in seinen Entscheidungen nicht. Da es ein Pfandrecht somit an einem Inbegriff von Rechten und Pflichten, einer Mitgliedschaft, nicht dergestalt gibt, daß man ein Pfandrecht an den einzelnen Rechten und Pflichten des Verpfänders schon bei der juristischen Person haben kann, und andererseits das Reichsgericht und mit ihm die herrschende Lehre in der Literatur, die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung immer wieder betont, daß die Erbengemeinschaft keine juristische Person sei und daß die Belastung des Erbteils als Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen werden kann, so gibt es damit in Wahrheit zu, daß die einzelnen Gegenstände belastet werden. Diese Belastung kann aber keine andere als ein Pfandrecht sein[79]).

Noch aus einem anderen Grunde ersieht man die Unrichtigkeit der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung bei dinglichen Rechten am Erbteil. Einzelne ihrer Anhänger leugnen, wie schon eingangs hervorgehoben[80]), überhaupt Anteile an den einzelnen Gegenständen. Die herrschende Lehre innerhalb der Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung, vor allem das Reichsgericht, geben jetzt Anteile an den einzelnen Gegenständen zu. Aber soweit sie sie zugeben, sagen alle ihre Vertreter, daß sie rechnerisch unbestimmter Natur, keine Quoten, sondern personenrechtlicher Art seien. Die Gesamthänder seien angeblich so eng miteinander verbunden, daß Quotenrechte überhaupt nicht denkbar erscheinen. Beim Erwerb sämtlicher Erbteile durch Vollübertragung sieht man noch nicht so sehr die Unrichtigkeit dieser Ansicht. Denn hier könnte die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung den Erwerb des Alleineigentums mit der Auflösung der Gesamthand rechtfertigen. Noch weniger sieht man sie bei Veräußerung oder Belastung nur eines Erbteils. Denn wie Krückmann[81]) zutreffend ausführt, kann es am unbestimmten nichts bestimmtes geben, folglich auch kein Pfandrecht. Aber sobald jemand ein Pfandrecht an allen Erbteilen hat, kommt die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung in Schwierigkeiten mit der Unbestimmtheit ihrer Anteile. Denn wie wir nachgewiesen haben, ergibt die Summe sämtlicher Erbteile die ganze Erbschaft als solche. Die Erbteile müßten daher doch folgerecht bei ihrer Vereinigung in einer Hand bestimmt werden. Bestimmt — vom rechnerischen Standpunkt aus — können sie aber nur nach

---

[78]) Scholz, a. a. O.

[79]) So mit Recht Krückmann, ZBl. S. 18.

[80]) Endemann, S. 1028; RGR. Anm. 5 zu § 2033; Leonhard, Anm. III zu § 2033.

[81]) ZBl. FG. S. 18.

der Theorie der geteilten Mitberechtigung bleiben. Denn da diese Theorie schon bei einem Erbteil mit Recht von vornherein bestimmte Erbteile annimmt, so ist es ganz klar, daß diese Anteile erst recht beim Pfandrecht an allen Erbteilen bestimmte sind. Ja, gerade wegen dieser Bestimmtheit kommt die hier vertretene Theorie bei dinglichen Rechten an allen Erbteilen zu einem dinglichen Recht an den einzelnen Gegenständen. Die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung kommt dagegen zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß auch bei Uebertragung und Belastung sämtlicher Erbteile zugunsten einer Person die Anteile unbestimmt bleiben, obwohl doch jedes Recht an jedem einzelnen Gegenstand in einer Hand vereinigt ist, also zweifellos bestimmt sein muß. Sie kann aber, wenn sie konsequent ist, zu keinem anderen Ergebnis kommen. Denn was unbestimmt ist, bleibt unbestimmt und kann niemals bestimmt werden. Sie kann sich also auch nicht damit helfen, daß sie mit einem Male sagt, beim Pfandrecht an einem Erbteile könne der Pfandgläubiger kein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen erwerben, da die Anteile unbestimmter Natur sind und das Recht allen zusammen ungeteilt zusteht, beim Pfandrecht an allen müsse aber etwas anderes gelten, denn hier werde doch das Recht bestimmt und müsse es auch werden. Damit würde sie sich aber selbst widerlegen und widerlegt sich auch, wie sogleich gezeigt werden wird. Denn sobald das unbestimmte bestimmt werden könnte, würde es in Wahrheit gar nichts unbestimmtes mehr geben. Es läßt sich aber gar nicht feststellen, wo das unbestimmte einmal aufhört, unbestimmt zu bleiben. Es läßt sich wohl nachweisen und ist auch selbstverständlich, daß ein bestimmter Anteil plus einem bestimmten Anteil immer bestimmt bleibt und daher den ganzen Gegenstand ausmacht; es läßt sich aber nicht nachweisen, daß ein unbestimmter Anteil plus mehreren unbestimmten Anteilen schließlich einmal zu dem ganzen Gegenstand wird. Man würde ja garnicht feststellen können, aus welchen Anteilen er sich dann zusammensetzt. In der Tat scheinen einige Anhänger der herrschenden Lehre wenigstens für den Nießbrauch an allen Erbteilen die Unrichtigkeit ihrer Ansicht einzusehen[82]). Denn sonst wäre es geradezu überraschend, wie sie mit einem Mal annehmen können, daß beim Nießbrauch an allen Erbteilen ein Nießbrauch an den einzelnen Gegenständen entsteht. Folglich kommen sie auch beim Pfandrecht an allen Erbteilen, da dieses genau wie der Nießbrauch Belastung ist, zu dem gleichen Ergebnis. Es scheint daher mit ihrer Ansicht von der personenrechtlichen, der mitgliedschaftlichen, der unbestimmten Natur der Anteile an den einzelnen Gegenständen doch nicht ganz in Ordnung zu sein; denn es müßte doch eigent-

[82]) Endemann, S. 1018, Anm. 69; Wolff, S. 417.

lich unmöglich sein, daß aus personenrechtlichen Anteilen mit einmal sachenrechtliche, bei dinglichen Rechten an allen Erbteilen werden, was sie früher bei dinglichen Rechten an einem Erbteil nicht waren. Eine Natur kann doch nur ein Anteil haben, entweder eine sachenrechtliche oder eine personenrechtliche, nicht aber bald diese, bald jene. Eben gerade weil selbst die Anhänger der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung bei Belastung aller Erbteile zu dem Schluß kommen müssen, daß das Pfandrecht und der Nießbrauch an den einzelnen Gegenständen besteht, so zeigt es sich, daß diese Lehre nicht zutreffend sein kann und daß mit dem Anwachsungsprinzip bei Vollübertragung aller Erbteile auf eine Person nicht zu arbeiten ist. Denn mit welchem Rechte und aus welchem Grunde soll beim Pfandrecht an allen Erbteilen plötzlich eine Belastung aller Gegenstände eintreten, während beim Pfandrecht an einem Erbteil dies nicht der Fall sein soll? Wenn bei dinglichen Rechten an allen Erbteilen eben ein dingliches Recht an allen einzelnen Gegenständen entsteht, dann muß folgerecht auch beim dinglichen Recht an einem Erbteil an den einzelnen Gegenständen von ihm ergriffen werden. Dies kann er nur, wenn man, wie es die hier vertretene Ansicht tut, bestimmte Anteile an den einzelnen Gegenständen, echte Bruchteile, Quoten, annimmt. Sie kommt daher bei dinglichen Rechten an allen Erbteilen nicht wie die andere Theorie zu einem Widerspruch. Sie sagt vielmehr bei jeder Erscheinungsart der Vereinigung sämtlicher Erbteile in einer Hand das gleiche, was sie bei dinglichen Rechten an einem Erbteile sagt, und baut nur ihre dort aufgestellte Lehre hier aus. Die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung kommt dagegen, wie gezeigt, in Widersprüche. Bei Vollübertragung eines Erbteils leugnet sie ein Eigentum des Erwerbers an den einzelnen Gegenständen, bei Vollübertragung sämtlicher Erbteile auf eine einzige Person nimmt sie Alleineigentum an, weil die Erbengemeinschaft aufgelöst sei. Bei Belastung eines Erbteils leugnet sie ein dingliches Recht an den einzelnen Gegenständen, bei Belastung aller Erbteile bejaht sie es trotz Bestehenbleibens der Gesamthand — ein geradezu verwunderlicher Widerspruch — wieder!

Aber nicht nur die Auffassung von der Unbestimmtheit der Anteile nach der Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung kann nach dem eben Gesagten nicht richtig sein, sondern vor allem auch nicht, wie schon im Zusammenhang mit der Unbestimmtheit der Anteile gestreift worden ist, die Ansicht von der Ungeteiltheit der Rechte, die den einzelnen Miterben an den einzelnen Gegenständen zustehen. Es erscheint geradezu unverständlich, wie die Anhänger der Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung beim dinglichen Recht an allen Erbteilen zu einem dinglichen Recht

an den einzelnen Gegenständen gelangen, während doch das Recht allen ungeteilt zustehen soll[83]). Wenn alle Miterben ihre Erbteile zugunsten eines Gläubigers übertragen oder belasten, ist doch die Entstehung eines dinglichen Rechts an den einzelnen Gegenständen nur denkbar, wenn jeder einen bestimmten Teil an ihnen hat. Wenn aber über einen Teil[84]) jeder verfügt, so ist es ganz klar, daß wenn alle ihre Teile übertragen bezw. belasten, der Erwerber ein dingliches Recht an allen Teilen erwirbt, und da alle diese Teile die Erbschaft ausmachen, so hat er das Eigentum, das Pfandrecht, den Nießbrauch an der ganzen Erbschaft, also an allen einzelnen Gegenständen erworben. Wenn aber ein Recht allen ungeteilt zustehen soll, dann ist es nicht begreiflich, wie durch einzelne, getrennte Verfügungen über die Erbteile dann mit einem Male an den ungeteilten Rechte ein dingliches Recht entstehen soll. Ungeteilte Gesamtzuständigkeit an einem Recht soll jedoch eigentlich niemals durch Verfügungsakte der einzelnen Miterben, die jeder für sich selbst vornimmt, sich in eine geteilte auflösen können und dann wieder zu einer ungeteilten werden. Anders ist es aber gar nicht denkbar; denn wenn mehrere ein Recht ungeteilt haben, so ist doch eine Belastung dieses Rechtes als Ganzes nur erklärlich, wenn alle mit einem Male in einem Akte zusammen gemeinschaftlich ungetrennt es belasten, wie im Falle des § 2040 BGB. bei der Verfügung über einen einzelnen Gegenstand. Gerade ein solcher Gesamtakt ist aber bei der Verfügung über sämtliche Erbteile nur technisch und praktisch, nicht aber juristisch denkbar. Technisch und praktisch ist es insofern möglich, als die Miterben alle zusammen in einer notariellen Urkunde zugunsten eines einzigen Gläubigers ihre Erbteile übertragen oder belasten. Das ist aber alles nur eine äußerliche, eine technische und eine praktische Gemeinschaftlichkeit der Verfügung. Die Verfügung kann auch nacheinander verfolgen. Vor allem ist die eine von der anderen unabhängig. Eine ist auch ohne die andere wirksam; ist ein Miterbe bei der Verfügung über seinen Erbteil geschäftsunfähig, so ist nur seine, nicht die Verfügung über die anderen Miterbenanteile nichtig. Ganz anders liegt

[83]) Bei Vollübertragung wird die Unrichtigkeit der herrschenden Lehre auch hier wieder dadurch verwischt, daß sie den Erwerb des Alleineigentums aus dem An- und Abwachsungsprinzip bei Auflösung der Gesamthand erklärt. Bei Belastung aller Erbteile zeigt sich aber auch hier wieder deutlich die Abwegigkeit der herrschenden Lehre.

[84]) Im Gegensatz zu vorhin liegt jetzt nicht der Ton auf „unbestimmt", sondern auf „Teil". Beides hängt natürlich zusammen; denn ein „unbestimmter Teil" erscheint juristisch nicht denkbar.

es bei § 2040 BGB. Dort ist die Verfügung über die einzelnen Gegenstände nur wirksam, wenn alle gemeinschaftlich, wenn auch nicht zu gleichem Zeitpunkt, verfügen. Zwar ist auch hier ein Nacheinander der Verfügung möglich, aber zum entscheidenden Unterschied ist die Verfügung bis zur letzten Verfügung in der Schwebe. Ist hier einer von ihnen geschäftsunfähig, so ist die ganze Verfügung nicht wirksam. Da aber selbst § 2040 BGB. nicht deshalb geschaffen ist, weil etwa das Recht ungeteilt ist, sondern nur zum Schutze der Nachlaßgläubiger[85]), so muß, wenn dort schon das Recht geteilt ist und nur alle zusammen verfügen können, weil es sich um die Verfügung eines einzelnen Gegenstandes handelt, erst recht bei der Verfügung über die ganze Erbschaft durch Verfügung über sämtliche Erbteile angenommen werden, daß die Rechte an den einzelnen Gegenständen nicht nur, wie Sohm[86]) annimmt, rechnerisch bestimmbar, sondern vor allem auch echte Quoten, echte Teile, Bruchteile sind.

2. Abschnitt: Widerlegung der Einwendungen gegen die Entstehung eines dinglichen Rechts, insbesondere eines Pfandrechts und Nießbrauchs an den einzelnen Gegenständen.

§ 9. Kein Widerspruch mit § 2033 II BGB. und § 859 ZPO.

Ein Einwand, den man häufig bei der Erörterung der Verfügung über den Erbteil, insbesondere beim Pfandrecht an einem Erbteil liest, ist folgender. Nach § 2033 II BGB. kann der Miterbe über den Anteil an den einzelnen Gegenständen nicht verfügen und entsprechend dieser Vorschrift kann nach § 859 II ZPO. der Anteil eines Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht gepfändet werden. Aus diesen beiden Vorschriften will die herrschende Lehre entnehmen, daß ein dingliches Recht an den einzelnen Gegenständen nicht entstehen kann, und zwar begründet sie es verschieden, je nachdem ihre Anhänger Anteile an den einzelnen Gegenständen leugnen oder nicht. Diejenigen, die das Vorhandensein eines Anteils überhaupt bestreiten[87]), sagen ganz folgerichtig, daß, wenn keine Anteile an den einzelnen Gegenständen bestehen, sie auch nicht übertragen und belastet werden können. Diejenigen, die aber

---

[85]) Krückmann, Institutionen, S. 844, 845.
[86]) Sohm, S. 71.
[87]) Endemann, S. 1028; RGR. Anm. 5 zu § 2033; Leonhard. Anm. III zu § 2033.

das Bestehen eines Anteils an den einzelnen Gegenständen zugeben, begründen die Nichtübertragung und Nichtbelastung der Anteile an den einzelnen Gegenständen mit kurzen Worten damit, daß ein dingliches Recht an ihnen deshalb nicht entstehen kann, weil der Miterbe nicht darüber verfügen kann[88]). Dieser Einwand sieht auf den ersten Blick tatsächlich bestechend aus. In § 2033 II steht doch ausdrücklich, daß man über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen nicht verfügen kann, also, so sagen die Vertreter der herrschenden Lehre[89]), würde man annehmen, daß bei der Verfügung über den Erbteil ein dingliches Recht an den einzelnen Gegenständen entstehe, so würde dies dem klaren Wortlaut des § 2033 II widersprechen, und man würde, so führt insbesondere Heine aus[90]), auf einem Umwege doch wieder zu einer Verfügung über den Anteil an den einzelnen Gegenständen kommen, was doch gerade nach § 2033 II ausdrücklich verboten sei. Diese Lehre übersieht aber eins, was m. E. entscheidend ist; sie übersieht nämlich, daß in Wahrheit gar nicht, was tatsächlich unzulässig wäre, über die einzelnen Gegenstände verfügt wird, sondern daß in Wirklichkeit nur eine e i n z i g e Verfügung über den Anteil am Nachlasse, also am Ganzen, vorliegt, die zur Folge hat und zur Folge haben muß, daß die einzelnen Gegenstände mitübertragen und mitbelastet werden[91]). Der Miterbe verfügt gar nicht unmittelbar durch Einzelverfügung über die Gegenstände. Er verfügt nur über den Anteil am Ganzen. Aber d u r c h diese Verfügung werden die einzelnen Gegenstände mitübertragen und mitbelastet. Dies steht aber nicht im Widerspruch zu § 2033 II BGB., im Gegenteil, es vereinbart sich mit dieser Vorschrift. Die herrschende Lehre verkennt die Bedeutung des § 2033 II und in Verkennung dieser Bedeutung kommt sie zu der irrigen Ansicht. Die herrschende Lehre vergißt, daß der Grund des § 2033 II gar nicht der ist, daß man keine oder nur unbestimmte personenrechtliche Anteile an den einzelnen Gegenständen hat, und daß man deshalb nicht über sie verfügen kann, sondern der wahre Grund ist doch der, daß die einzelnen Anteile nicht durch Einzelverfügung verschleudert werden sollen. Deshalb und nur deshalb bestimmt das Gesetz, daß der Miterbe über seine Anteile an den einzelnen Gegenständen nicht verfügen kann. Um die Sachen im Nachlaß zu erhalten, gibt es daher nur eine Verfügung, die Verfügung über den Anteil am Ganzen. Durch diese Verfügung über den Erbteil erhält der Erwerber ein dingliches Recht an den einzelnen Gegenständen, aber genau mit der gleichen Be-

[88]) RG. 84, 395; 90, 335; Heine, S. 227.
[89]) Heine, S. 227.
[90]) S. 228.
[91]) Krückmann, ZBl. f. FG., S. 20.

schränkung, die dem Erben nach §§ 2033 II, 2040 BGB. auferlegt ist. Genau so wenig wie ein Miterbe nicht über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen verfügen kann, genau so wenig kann es der Erwerber. Das hat, worauf wir sogleich noch ausführlich zurückkommen werden, seine große Bedeutung für die Rechte der Nachlaßgläubiger bei Belastung der Erbteile[92]). Daß diese Ansicht die richtige ist, zeigt sich wieder besonders gut bei der Vereinigung sämtlicher Erbteile in einer Hand. Wenn eine einzige Person sämtliche Erbteile, sei es durch Vollübertragung, sei es durch Belastung erworben hat, so ist erst recht der Zweck, den das Gesetz mit der Vorschrift im § 2033 II erreichen will, erfüllt. Denn während sonst, wenn alle Erbteile verschiedenen Personen übertragen oder verpfändet werden, mehrere einzelne dingliche Rechte an den einzelnen Gegenständen zur Entstehung gelangen, besteht hier nur ein einziges Recht an den einzelnen Gegenständen. Es kann doch nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein, wenn es in § 2033 II die Verfügung über die Anteile an den einzelnen Gegenständen verbietet, daß damit jede Veränderung der Rechte an den Einzelgegenständen ausgeschlossen ist. Im Gegenteil, eben gerade weil es im § 2033 I BGB. die Verfügung über den Anteil am Ganzen gestattet, gestattet es damit eine einmalige, eine Gesamtverfügung der Miterben über ihre Anteile an den einzelnen Gegenständen. Dies ist auch unschädlich; alle Gründe, die bei der Einzelverfügung über den Anteil an den einzelnen Gegenständen zutreffen, fallen hier fort. So bleibt der Verpfänder und Nießbrauchbesteller Miteigentümer der einzelnen Gegenstände, Mitgläubiger der einzelnen Forderungen; nur alles ist belastet, aber nicht jede Sache, jedes Recht, jede Forderung für eine andere Person, für viele, sondern nur für eine einzige Person, wie es § 2033 I BGB. gestattet. Es kann doch nicht die Absicht des Gesetzes gewesen sein, demjenigen, der ein Pfandrecht an allen Erbteilen hat, der also die eine einzige Person ist, die überhaupt ein Pfandrecht an der Erbschaft hat, das Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen abzusprechen, wenn es in § 2033 II BGB. die Bestimmung getroffen hat, daß über die Anteile an den einzelnen Gegenständen nicht verfügt werden kann. Auch dies scheinen die Anhänger der Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung wieder selbst einzusehen. Denn wie im vorigen Paragraphen erörtert, kommen einzelne ihrer Anhänger merkwürdigerweise beim Nießbrauch an allen Erbteilen trotz Bestehenbleibens der Gesamthand zu der Ansicht, daß ein Nießbrauch an den einzelnen Nachlaßgegenständen entsteht, also müssen sie logischerweise, da Belastung eben Belastung ist, auch beim Pfandrecht an allen Erbteilen zu dem Resultat kommen, daß das Pfandrecht an den einzelnen Ge-

[92]) unten § 10.

genständen entsteht. Vom Standpunkt der herrschenden Lehre erscheint dies auch hier wieder unbegreiflich. Sie lehrt doch, daß ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen deshalb nicht entstehen kann, weil man nicht über sie verfügen kann. Dennoch will sie beim Pfandrecht an allen Erbteilen ein Pfandrecht an allen einzelnen Gegenständen annehmen. Damit gibt sie auch hier in Wahrheit nur zu, daß Anteile an den einzelnen Gegenständen bestehen und daß in einem Akte durch Verfügung über den Anteil am Ganzen über die Anteile an den einzelnen Gegenständen verfügt werden kann. Ebensowenig wie oben, als wir über die Unmöglichkeit sprachen, ein ungeteiltes Recht anzunehmen, kann sich auch hier die herrschende Lehre nur mit der Begründung rechtfertigen, daß durch Gesamtverfügung über die Erbteile dasselbe erreicht werde, wie durch die Gesamtverfügung über die Anteile an den einzelnen Gegenständen[93]). Auch hier ist es wieder der entscheidende Fehler, daß sie übersieht, daß nach § 2033 I die Einzelverfügung über den Erbteil als solchen zulässig ist und auch wirksam bleibt, wenn die anderen Einzelverfügungen unwirksam sind, daß dagegen nach § 2040 BGB„ den sie doch immer für ihre Ansicht in Anspruch nimmt und der in Wahrheit einen ganz anderen Grund hat, nämlich genau denselben wie § 2033 II, eine Einzelverfügung stets unwirksam ist und die Gesamtverfügung schwebend unwirksam ist, wenn ein Miterbe geschäftsunfähig ist. Deshalb erkennen in Wirklichkeit die Anhänger der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung die Gesamthandverfügung über die Anteile an den einzelnen Gegenständen und damit vor allem bei Belastung die Entstehung eines Pfandrechts und einen Nießbrauchs an den einzelnen Gegenständen auch bei Belastung nur eines Erbteils an. Ein Gegenargument, daß das Pfandrecht an allen Erbteilen eine Belastung aller Einzelgegenstände zur Folge habe, kann auch nicht aus § 859 II ZPO entnommen werden, der von der herrschenden Lehre immer zu ihrer Unterstützung herangezogen wird. Geiler[94]) meint, daß, wenn der Anteil am Ganzen wirklich nur die Summe der Anteile an den einzelnen Gegenständen bedeute, die Pfändung des Anteils am Ganzen doch in ganz anderer Form geschehen müßte. Die Pfändung erfolge doch aber nicht, so argumentiert Geiler, nach den Vorschriften über die Pfändung in Sachen und Forderungen. Auch dieses Argument sieht bestechend aus, ist aber nicht überzeugend, denn genau so, wie trotz des Verbotes der Einzelverfügung eines Miterben über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen, § 2033 II BGB„ über den Anteil am Ganzen ohne Beobachtung der Formen der sonst für die einzelnen Gegenstände geltenden Verpfän-

[93]) So scheint Endemann, S. 1018 Anm. 69, zu argumentieren.
[94]) Vorbem. IV, 2 vor §§ 705 ff., S. 1206 ff.

dungsvorschriften verfügt werden kann, so kann auch trotz des Verbotes der Pfändung der Anteile an den einzelnen Gegenständen dennoch der Anteil am Ganzen gepfändet werden, und zwar genau wie bei § 2033 I ohne Beobachtung der sonstigen Form der Pfändung. Auch hier gibt die herrschende Meinung, indem sie auch beim Pfändungspfandrecht die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuche[95]) gestattet, zu, daß bei der Pfändung des Anteils am Ganzen ebenso wie bei der Verpfändung des Anteils am Ganzen die Anteile an den einzelnen Gegenständen von der Belastung ergriffen werden.

§ 10. Keine Verletzung der Rechte der Nachlaßgläubiger.

Gegen die Entstehung eines dinglichen Rechts, insbesondere eines Pfandrechts an den einzelnen Gegenständen, könnte man weiter einwenden, daß hierdurch die Rechte der Nachlaßgläubiger gefährdet werden könnten.

Aber auch dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Bei der Vollübertragung erledigt er sich bereits aus den §§ 2382, 2383, 2385 BGB. Danach haftet der Nachfolger schon vom Abschluß des obligatorischen Geschäfts an den Nachlaßgläubigern in gleicher Weise wie der Veräußerer. Die Rechte der Nachlaßgläubiger sind also nicht gefährdet. Sind aber die Rechte der Nachlaßgläubiger nicht einmal bei der Vollübertragung gefährdet, so können sie es auch nicht bei der Belastung sein, die doch nur eine beschränkte Uebertragung ist. Das ergibt sich, wie oben (§ 9) bereits angedeutet, daraus, daß die Rechte des Erwerbers nicht stärker sein können, als die Rechte des Veräußerers. Wenn jemand Miterbe ist, so hat er vermittels seines Anteils am Ganzen auch Rechte an den einzelnen Gegenständen. In seiner Verfügung über die Anteile an den einzelnen Gegenständen ist er aber nach §§ 2033 II, 2040 BGB. beschränkt. Nach § 2033 II kann er über sie nicht verfügen. Wenn er über sie verfügen will, kann er es nur gemeinschaftlich mit den anderen Miterben, § 2040. Nur auf diese Weise kann er sie dem Nachlaß entfremden. Da er aber die Anteile an den einzelnen Gegenständen den Nachlaßgläubigern nur durch gemeinschaftliche Verfügung nach § 2040 BGB. entziehen kann, so gehen bei Verpfändung nur der Erbteile und auch bei Verpfändung sämtlicher Erbteile zugunsten einer einzigen Person die Rechte der Nachlaßgläubiger dem Pfandrecht an den Erbteilen und dem dadurch erworbenen Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen vor. Genau das gleiche gilt für den Nießbrauch an allen Erbteilen; hier können wir es sogar durch einen Analogieschluß aus dem Gesetz begründen,

[95]) Förster-Kann, Anm. 3 zu § 859 ZPO., S. 762.

nämlich aus entsprechender Anwendung der §§ 1086 ff.; 1089. Denn wer einen Nießbrauch an allen Erbteilen hat, hat den Nießbrauch auch an allen einzelnen Gegenständen. Der gleiche Grund, aus dem das Gesetz aber in den §§ 1085 ff., 1089 die Haftung für die Schulden des Bestellers beim Nießbrauch durch Einzelbestellung an den einzelnen Gegenständen angeordnet hat, besteht auch hier, da durch Bestellung des Nießbrauchs an allen Erbteilen dasselbe erreicht wird wie bei der Bestellung des Nießbrauchs an allen Einzelgegenständen. Jedoch ist meiner Ansicht nach eine Einschränkung zu machen und zwar ganz gleich beim Pfandrecht wie beim Nießbrauch. M. E. können gegen den Willen des Pfandgläubigers und Nießbrauchers nur die Nachlaßgläubiger ihre Befriedigung aus den einzelnen Gegenständen suchen, nicht aber die anderen Gläubiger, also die Eigengläubiger der Miterben. Das zeigt der Sinn der §§ 186 ff., deren innerlicher Grund auch für das Pfandrecht zutrifft. Denn wie bei §§ 1086 ff. der allgemeine Sinn ist, daß die Gläubiger des Bestellers nicht benachteiligt werden sollen, so ist bei § 1089 der Sinn, daß doch in erster Linie nicht die Nachlaßgläubiger Schaden erleiden sollen, denn sie haben als allererste den Anspruch auf Befriedigung aus dem Nachlaß; sie laufen die größte Gefahr, wenn der Nachlaß nicht zur Schuldendeckung ausreicht und die Erben von dem Rechte der Beschränkung Gebrauch machen, mit ihren Forderungen ganz oder zu einem Teil auszufallen. Die eigenen Gläubiger der Miterben haben zwar ebenfalls einen Anspruch darauf, aus dem Vermögen der Miterben, ganz gleichgültig, ob sie es ererbt haben oder nicht, befriedigt zu werden. Die Nachlaßgläubiger haben dagegen kein Recht auf Verbesserung, sie haben ein Recht auf Schutz gegen Verschlechterung. Denn es bildet doch für sie immer mehr einen Zufall, wenn die Miterben plötzlich eine reiche Erbschaft machen.

Deshalb geht das Pfandrecht am Erbteil dem Pfändungspfandrecht persönlicher Gläubiger vor, ebenso dem rechtsgeschäftlichen Pfandrecht an einzelnen Gegenständen; das ergibt schon der Satz prior tempore potior iure. Denn wenn jemand ein Pfandrecht an allen Erbteilen hat, so hat er ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen; sein Rang kann also nicht verschlechtert werden. Ja selbst wenn ein Nachlaßgläubiger ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen eingeräumt erhält, geht in diesem Falle das Pfandrecht am Erbteil vor. Denn hier steht der Nachlaßgläubiger nicht anders da, als ein persönlicher Gläubiger, der eine Sicherung erhält. Nicht anders liegt es in dem Falle, in dem ein Miterbe unter Mitwirkung aller Miterben seinen Anteil an eine einzelne Nachlaßschaft verpfändet. Denn nur, wenn alle Miterben nach § 2040 BGB. die ganze Sache verpfänden, geht dieses Pfandrecht dem Pfandrecht des Erbteilspfandgläubigers vor.

§ 11. Keine Verletzung des Publizitäts- und Spezialitätsprinzips.

Ein weiterer Einwand, den die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung der hier vertretenen Ansicht, daß durch Verfügung über alle Erbteile ein dingliches Recht an den einzelnen Gegenständen entsteht, machen könnte, wäre der, daß nach dieser Auffassung ein dingliches Recht an den einzelnen Gegenständen ohne Beobachtung der Formen entsteht, die sonst für seine Begründung vorgeschrieben seien, mit anderen Worten, die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung könnte sagen, der Grundsatz der Publizität sei verletzt. Seltsamerweise findet man gerade in der gesamten Literatur, soweit sie auf dem Boden der herrschenden Lehre steht, nichts über dieses Argument; einzig und allein Heine[96]) deutet dieses Problem an. An sich ist sonst immer zur Uebertragung des Eigentums, Pfandrechts und Nießbrauchs an den einzelnen Gegenständen Einräumung des Besitzes oder eines Besitzsurrogates erforderlich; entsprechend verlangt § 1280 BGB. bei der Bestellung des Pfandrechts an einer Forderung Anzeige an den Schuldner. Aber alle diese Vorschriften gelten nur für den Erwerb des Eigentums, Pfandrechts und Nießbrauchs durch Besitzübergabe; es ergibt sich aber aus ihnen noch längst nicht, daß jeder andere Erwerb eines dinglichen Rechts an den einzelnen Gegenständen unzulässig ist. Der Vorzug, den man durch Erwerb eines dinglichen Rechts, insbesondere eines Pfandrechts durch Besitzübergabe genießt, ist der, daß es den Nachlaßgläubigern vorgeht, und daß man die sonstigen Vorteile hat, die mit dem Besitz[97]) verknüpft sind. Das Gesetz fordert nach § 2033 Abs. 1 Satz 2 für die Uebertragung und Verpfändung eines Erbteils nur die gerichtliche oder notarielle Beurkundung, mehr verlangt es nicht[98]). Es erfordert nicht einmal Benachrichtigung des Schuldners der Nachlaßforderung, des Besitzers der Nachlaßsache, obwohl doch alle diese Gegenstände auch nach der herrschenden Meinung nicht unberührt von der Uebertragung und Belastung des Erbteils bleiben; denn die h. M. gestattet doch, worauf noch zurückzukommen ist, beim Pfandrecht am Erbteil die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuche, die in Wahrheit ein Pfandrecht ist. Würde wirklich die Ansicht der h. L., daß kein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen bei Verpfändung der Erbteile entsteht, richtig sein, so müßte folgerecht der Pfandgläubiger trotz seines Pfandrechts überhaupt keinen Schutz gegenüber Pfändungen Dritter genießen. Denn

---

[96]) S. 226.
[97]) z. B. Nutzungspfand, § 1213 BGB.
[98]) So richtig Krückmann, ZBl. f. FG. S. 20 ff.

wer kein Recht an den einzelnen Gegenständen hat, kann doch folgerichtig auch kein Recht geltend machen. Aber selbst wenn man schon die unrichtige Ansicht der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung als richtig unterstellt, so sprechen bei Entstehung eines Pfandrechts kraft Gesetzes an den einzelnen Nachlaßgegenständen in Wahrheit gar keine anderen Bedenken mit, als bei der Entstehung einer Verfügungsbeschränkung, wie sie die herrschende Lehre annimmt[99]). Denn fällt der Miterbe in Konkurs, so könnten, auch wenn man nur eine Verfügungsbeschränkung annimmt, die Gläubiger genau so überrascht werden, wie beim Pfandrecht, das ohne Publizität entsteht.

Ebenso wenig erheblich wie der Einwand der Verletzung des Publizitätsprinzip wäre ein anderer Einwand, der mit diesem zusammenhängt. Die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung könnte nämlich der hier vertretenen Ansicht, daß beim Pfandrecht an allen Erbteilen ein einziges Pfandrecht an allen einzelnen Nachlaßgegenständen entsteht, entgegenhalten, daß damit der Grundsatz der Spezialität verletzt werde. Nach geltendem Recht kann ein Pfandrecht nur entstehen durch Belastung der einzelnen Sachen. Nur an den einzelnen Gegenständen kann ein Pfandrecht bestellt werden, niemals an einem Vermögen, wie es im römischen Recht möglich war, wo das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen mit einem Schlage mit einem einzigen Pfandrecht belastet werden konnte. Es entstand daher eine sogenannte Generalhypothek. Generalhypothek stand insbesondere dem Fiskus wegen seiner Steuern, dem Mündel am Vermögen seines Vormundes, und der Ehefrau am Vermögen des Mannes wegen ihrer Forderung auf Rückgabe der dos zu. Diese Fälle lassen sich mit dem hier vorliegenden Falle nicht vergleichen. Eine Generalhypothek entstand im römischen Recht uno actu in den genannten Fällen; mit dem Moment der Bestellung eines Vormundes war das ganze Vermögen des Vormundes, ohne daß darüber irgend eine Urkunde aufgenommen zu werden brauchte, ohne daß irgend eine Verlautbarung geschah, mit einem Pfandrecht, und zwar nicht nur das gegenwärtige, sondern auch zugleich das zukünftige, belastet. Ganz anders liegt es beim Pfandrecht an allen Erbteilen. Hier wird nicht das ganze Vermögen, sondern nur ein Teil, nämlich der Nachlaß, belastet. Hier ist zur Bestellung die gerichtliche oder notarielle Beurkundung nach § 2033 Abs. 1 Satz 2 erforderlich. Hier entsteht es zwar auch mit einem Schlage, aber zum großen Unterschied von

[99]) Denn ganz gleich, ob man eine Verfügungsbeschränkung oder richtigerweise ein Pfandrecht annimmt, sind die Grundstücke in Höhe der Forderung des Erbteilspfandgläubigers dem Zugriff der anderen Gläubiger entzogen, §§ 771, 772 ZPO.

der römischen Generalhypothek erst dann, wenn der Erbteil als solcher formgerecht belastet ist. Erst durch die Belastung der Erbteile kann ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen entstehen; vorher entsteht es nicht. Es liegt also ein Verpfändungsakt im Gegensatz zur Generalhypothek vor. Weil das Pfandrecht, das durch Verpfändung aller Erbteile an den einzelnen Gegenständen nicht uno actu entsteht, kann der Pfandgläubiger an allen Erbteilen, wie sogleich noch gezeigt werden wird[100]), verlangen, daß ihm an jeder einzelnen Sache der Besitz eingeräumt und sein Pfandrecht an jedem einzelnen Rechte in genügender Weise publiziert wird. Der Einwand, daß ein Pfandrecht nach Art der Generalhypothek durch Belastung aller Erbteile entsteht, widerlegt sich ja auch schon aus § 2033 BGB., wo das Gesetz ausdrücklich die Verfügung über sämtliche Erbteile gestattet. Was das Gesetz mit der Generalhypothek vermeiden will, ist nur folgendes. Es will nicht, daß ein Vermögen, genau so, wie nach § 311 BGB. darüber obligatorische Verträge geschlossen werden können, als Ganzes Gegenstand eines dinglichen Verfügungsgeschäftes durch eine einzelne Person wird, weil dieses tatsächlich zu einer großen Rechtsunsicherheit führen und Schiebungen Tür und Tor geöffnet sein würden. Genau so wenig wie ein Alleinerbe über die Erbschaft als Ganzes mit einem Schlage verfügen soll, genau so wenig soll[101]) auch ein Erbe sein ganzes Vermögen mit einem Mal belasten können; er kann es nur durch Bestellung des Pfandrechts an den einzelnen Gegenständen. Anders liegt es aber beim Miterben; er kann nach § 2033 BGB. über seinen Anteil am Nachlasse verfügen. Infolgedessen kann niemals von einer Generalhypothek gesprochen werden, wenn das Gesetz es ausdrücklich gestattet, sämtliche Erbteile an ein und dieselbe Person zu verpfänden. Dieses mag vielleicht eine Inkonsequenz sein, daß alle Miterben zusammen durch Verpfändung ihrer Erbteile ein- und demselben Gläubiger ein Pfandrecht an den einzelnen Nachlaßgegenständen verschaffen können, während es der Alleinerbe nicht kann. Dennoch hat dies seinen guten Grund und wird meiner Ansicht nach oft zu Unrecht in der Literatur gescholten. Der Miterbe muß in der Lage sein, schon vor der Auseinandersetzung seinen Erbteil zu verwerten; dafür besteht ein Bedürfnis. Ist aber jemand Alleinerbe, so besteht kein Bedürfnis dafür; er kann sich jederzeit durch Verpfändung der einzelnen Gegenstände Kredit verschaffen.

---

[100]) unten § 12.
[101]) § 2374.

3. Abschnitt: Einzelfragen beim Pfandrecht und Nießbrauch an allen Erbteilen.

Bei Vollübertragung aller Erbteile auf einen anderen Miterben oder einem Dritten übertragen die Veräußerer ihre Rechte endgültig, bei Belastung jedoch nur vorübergehend. Es tauchen daher beim Pfandrecht und beim Nießbrauch eine Reihe von Einzelfragen auf, nämlich was für eine Art von Pfandrecht und Nießbrauch entsteht, wie es verlautbart wird, welchen Inhalt es hat und auf welche Weise es erlischt.

I. Pfandrecht an allen Erbteilen.

§ 12. Art der Entstehung des Pfandrechts an den einzelnen Gegenständen und Anspruch auf Verlautbarung, insbesondere auf Eintragung im Grundbuch.

Das Gesetz kennt drei Arten von Pfandrechten, das Pfandrecht an beweglichen Sachen, das Pfandrecht an Rechten und das Grundpfandrecht. Das Pfandrecht an Rechten wird, abgesehen von der Entstehungsform, §§ 1274 ff., 1280 BGB., im Großen und Ganzen nach dem Pfandrecht an beweglichen Sachen, § 1273 Abs. 2 BGB., behandelt, so daß man das Pfandrecht an Mobilien und Rechten zu einer Gruppe zusammenfassen kann, der als andere Gruppe das Pfandrecht an Grundstücken gegenübersteht. Das Gesetz braucht nur beim Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten den technischen Ausdruck „Pfandrecht"; bei Grundstücken kennt es ihn nicht. Es spricht bei der Belastung eines Grundstücks nur von Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld. Dennoch hat sich mit Recht die Bezeichnung Grundpfandrecht eingebürgert; denn die Sicherung, die der Gläubiger durch eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld am Grundstück erlangt, ist eben das Pfand, aus dem er sich befriedigen soll. Die große Frage ist nun die, was für ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen beim Pfandrecht an allen Erbteilen entsteht. Beim Pfandrecht an den zum Nachlaß gehörenden beweglichen Sachen und Rechten, auch den durch Hypothek gesicherten Forderungen, ist die Frage leicht zu beantworten. Es entsteht das Pfandrecht an ihnen, das sonst nach dem Gesetz an ihnen durch Verpfändung der Gegenstände als einzelner entsteht. An den beweglichen Sachen entsteht also das Pfandrecht, wie es sonst nach §§ 1205 ff. BGB. entsteht, bei Rechten, wie es sonst nach §§ 1273 ff. BGB. bestellt wird. Wer also ein Pfandrecht an allen Erbteilen hat, hat ein richtiges Pfandrecht an allen einzelnen Gegenständen, sowohl den beweglichen wie den Rechten, also z. B.

Urheberrechten, Erfinderrechten und Forderungen. Die Schwierigkeit der Frage, was für ein Pfandrecht entsteht, taucht erst auf, wenn sich im Nachlaß Grundstücke befinden. Das Gesetz kennt drei oder zum mindesten zwei Arten: die Hypothek und die Grundschuld und als Abart der letzteren die Rentenschuld. Dies ist gerade das Problem, welcher Art dieser Pfandrechte an den Nachlaßgrundstücken entsteht. Während bei beweglichen Sachen und Rechten kein Zweifel darüber entstehen konnte, was für ein Pfandrecht entsteht, da es eben nur eine einzige Art gibt, kann es beim Pfandrecht an den zur Erbschaft gehörenden Grundstücken sehr zweifelhaft sein, welche der Arten, die das Gesetz kennt, entsteht. Eine Grundschuld oder eine Rentenschuld könnte es niemals sein. Zwar ist es nicht richtig, zu sagen, daß eine Grundschuld, bzw. Rentenschuld, deshalb nicht entstehen kann, weil dem Pfandrecht an allen Erbteilen eine Forderung zugrunde liegt; denn auch Grundschulden bzw. Rentenschulden können Forderungen zugrunde liegen[102]). Eine Rentenschuld entsteht überhaupt nicht, da es sich um eine einheitliche Forderung und nicht um eine regelmäßig wiederkehrende handelt, die durch den Erbteil gesichert werden soll. Eine Grundschuld entsteht aber nur dann, wenn die Parteien es trotz einer ihr zugrundeliegenden Forderung wollen; dies ist aber beim Pfandrecht an allen Erbteilen nicht anzunehmen. Eine Grundschuld kann aber vor allem genau so wenig wie eine Verkehrshypothek aus einem anderen Grunde nicht entstehen. Das Gesetz scheidet Verkehrshypotheken von Sicherungshypotheken. Die letzteren unterscheiden sich von den ersteren nicht allein durch eine strengere Akzessorietät; sie unterscheiden sich vielmehr dadurch, daß bei der Sicherungshypothek sich die Wirkung des Bucheintrags nicht auf die persönliche Forderung erstreckt[103]). Der entscheidende Unterschied für uns hier ist aber noch ein anderer, der anderswo keine solche Rolle spielt. Eine Verkehrshypothek, eine Grundschuld und eine Rentenschuld entstehen nur kraft Vertrages, eine Sicherungshypothek nicht nur kraft Vertrages, sondern auch kraft Staatsaktes und Gesetzes. Das Pfandrecht, das an Nachlaßgrundstücken beim Pfandrecht an allen Erbteilen entsteht, kann also nur eine Sicherungshypothek sein. Das ist vielleicht im Augenblick überraschend, nicht, daß etwa überhaupt ein Pfandrecht entsteht, sondern daß sogar eine Hypothek, und zwar eine Sicherungshypothek entsteht. Es ist aber nicht überraschend; denn irgend etwas muß doch am Grundstücke entstehen. Es ist auch gar nichts abnormes, daß eine Sicherungshypothek kraft Gesetzes entsteht. Das Gesetz kennt durchaus solche Fälle, die, wenn sie auch nicht mit dem hier behandelten Falle gleichliegen, doch durchaus ihm entsprechend

[102]) Wolff, S. 578.
[103]) Wolff, S. 451, S. 547.

und ähnlich sind. Nach § 1287 Satz 2 BGB. erwirbt der, der ein Pfandrecht an einer Forderung auf Uebereignung eines Grundstückes hat, mit der Leistung an den Schuldner eine Sicherungshypothek, die ohne jede Eintragung zur Entstehung gelangt; genau so liegt es bei § 848 Abs. 2 ZPO., wo bei Pfändung eines Anspruchs auf Uebertragung des Eigentums am Grundstücke mit dem Augenblick der Auflassung an den Sequester ebenfalls eine Sicherungshypothek entsteht. Hier, beim Pfandrecht an allen Erbteilen, liegt der Fall analog. Hier befinden sich die Grundstücke bereits im Nachlasse z. Zt. der Verpfändung der Erbteile. Hier entsteht also die Sicherungshypothek sofort mit der Belastung aller Erbteile; dort in den Fällen des § 1287 BGB. und des § 848 ZPO. entsteht sie erst, wenn das Grundstück dem Verpfänder der Forderung auf Uebereignung, bzw. dem Sequester aufgelassen ist. Die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung könnte hier nun entgegenhalten, es sei doch unmöglich, die Entstehung einer Sicherungshypothek anzunehmen; es gäbe dafür keinen Anhalt im Gesetz. Die Fälle, in denen tatsächlich eine Sicherungshypothek kraft Gesetzes entsteht, seien doch strikte Ausnahmefälle, die keiner analogen Anwendung fähig sind. Das wäre aber m. E. kein stichhaltiger Einwand, denn sehe man sich doch einmal an, was die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung bei der Verpfändung von Erbteilen annimmt. Sie lehrt, daß beim Pfandrecht an einem Erbteil zwar kein Pfandrecht an dem Anteil des Miterben an den einzelnen Gegenständen und insbesondere an den Nachlaßgrundstücken entstehe, sondern eine Verfügungsbeschränkung, die ebenso wie eine rechtsgeschäftliche im Grundbuche eingetragen werden könne[104]), und zwar wird dies damit begründet, daß durch Veräußerung oder Belastung das Pfandrecht am Erbteile beeinträchtigt werden könne[105]). Gerade dieser Satz widerlegt aber m. E. die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung. Sie beruft sich zur Rechtfertigung ihrer Ansicht m. E. zu Unrecht auf § 1276 BGB. Zwar ist § 1276 BGB. auf das Pfandrecht am Erbteil anwendbar, ja gerade aus ihm ergibt sich, daß ohne Einwilligung des Pfandgläubigers die Miterben über die einzelnen Gegenstände nicht verfügen können. Vom Standpunkt der herrschenden Lehre könnte aber konsequenterweise § 1276 BGB. nur auf den Erbteil als solchen, nicht aber auf die einzelnen Gegenstände anwendbar sein; denn wie soll etwas beeinträchtigt werden können, was gar nicht besteht. Gerade aber, weil die Theorie der ungeteilten Gesamthandberechtigung sagt, daß ohne die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung der Pfandgläubiger geschädigt werden könne, gibt sie zu, daß die einzelnen Gegenstände

[104]) Komm. v. RGR. Anm. 3 zu § 2033; Planck, Anm. 4 zu § 2033; Heine, S .225; RG. 90, 236; KG. in OLGE. 12, 367.
[105]) RG. 90, a. a. O

belastet werden und zwar mit einem Pfandrecht, das bei einem Grundstücke nur eine Sicherungshypothek sein kann. Dies zeigt sich wieder besonders gut beim Pfandrecht an allen Erbteilen. Nach der h. M. müßten folgerecht hier lauter Verfügungsbeschränkungen entstehen. Einige ihrer Anhänger selbst kommen aber, wie wir schon an verschiedenen Stellen darzulegen Gelegenheit hatten, beim Pfandrecht an allen Erbteilen auch zu dem Resultat, daß ein einziges Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen entsteht. Dieses Resultat ist vom Standpunkt der Theorie der ungeteilten Gesamthandberechtigung aber inkonsequent und widerlegt sie damit. Denn wer zugibt, daß beim Pfandrecht an allen Erbteilen ein einziges Pfandrecht entsteht, darf nicht sagen, daß beim Pfandrecht an einem Erbteil nur eine Verfügungsbeschränkung besteht. Beim Pfandrecht an allen Erbteilen sind daher die Anhänger der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung, die die Meinung vertreten, daß ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen entsteht, gezwungen, bei Grundstücken die Entstehung einer Sicherungshypothek anzunehmen. Werden aber, wie die Theorie der geteilten Mitberechtigung richtig annimmt, durch Verpfändung des Erbteils die einzelnen Nachlaßgegenstände belastet, so kann bei Grundstücken nichts anderes als eine Sicherungshypothek entstehen, weil sie die einzige Form für kraft Gesetzes am Grundstücke entstehende Pfandrechte ist, und weil dieses Pfandrecht noch am meisten dem Pfandrecht an den anderen Nachlaßgegenständen entspricht.

Das beste Pfandrecht, das kraft Gesetzes entsteht, nutzt aber trotzdem nichts, sofern der Verpfänder unehrlich ist, wenn es nicht verlautbart wird. Erwirbt im Falle des § 1287 BGB. der Pfandgläubiger die Sicherungshypothek am Grundstücke, so läuft er, solange sie nicht eingetragen ist, Gefahr, durch Veräußerung oder Belastung des Grundstücks an einen redlichen Dritten § 892 BGB., seine Sicherheit zu verlieren oder in ihr beeinträchtigt zu werden. Genau so liegt es beim Pfandrecht, das der Pfandgläubiger, dem alle Erbteile verpfändet sind, kraft Gesetzes erwirbt, solange nicht die sonstigen Spezialformen des Pfandrechtes beachtet werden würden. Besteht beispielsweise ein Nachlaß nur aus Forderungen, Jnhaberpapieren usw., so hat, solange nicht die sonstigen Formen für die Bestellung eines Pfandrechts gewahrt sind, der Gläubiger nur

> „ein Pfandrecht ohne Ausübungsmöglichkeit oder richtiger mit konkurrierender Ausübungsmöglichkeit des Verpfänders“[106]).

Der Pfandgläubiger an sämtlichen Erbteilen hat daher gegen die Miterben einen Anspruch darauf, daß sie ihm das Pfandrecht, das er an sich bereits an den einzelnen Gegenständen hat, dadurch stär-

---

[106]) So mit Recht: Krückmann, ZBl. f. FG. S. 21 ff.

ken, daß sie ihm an beweglichen Sachen den Mitbesitz, an Grundstücken eine Sicherungshypothek einräumen oder besser gesagt, das Grundstück berichtigen lassen, da die Sicherungshypothek ja schon besteht, und bei Forderungen dem Drittschuldner eine Anzeige von der Verpfändung machen. Dieser Anspruch im Falle des Pfandrechtes an allen Erbteilen ergibt sich aus § 1227 BGB. Nach § 1227 BGB. hat der Pfandgläubiger im Falle einer Beeinträchtigung seines Rechtes dieselben Ansprüche, wie sie der Eigentümer hat. Es würde eine Beeinträchtigung seines Pfandrechts an den einzelnen Gegenständen bedeuten, wenn es nicht in richtiger Weise verlautbart wird. Wird beim Pfandrecht an Nachlaßforderungen nicht der Drittschuldner benachrichtigt, so wird er befreit, wenn er in Unkenntnis des Pfandrechts an die Miterben leistet, (§ 407 BGB.). Daher kann, wer ein Pfandrecht am Erbteile hat, verlangen, daß die anderen Miterben benachrichtigt werden, genau so wie bei der Pfändung eines Erbteils der Pfändungsbeschluß den Miterben zugestellt werden muß[107]). Beim Pfandrecht an allen Erbteilen ist selbstverständlich eine solche Benachrichtigung nicht erforderlich und auch gar nicht denkbar, da ja jeder Miterbe selbst über seinen Erbteil verfügt und somit genaue Kenntnis von seiner eigenen Verfügung hat. Auch hier zeigt sich wieder die Richtigkeit der Theorie der geteilten Mitberechtigung. Die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung läßt zwar bei Grundstücken die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung zu, die in Wahrheit, wie dargelegt, ein Pfandrecht ist. Bei beweglichen Sachen läßt sie dagegen nichts geschehen und kann auch von ihrem Standpunkt aus nichts geschehen lassen. Denn eine Verfügungsbeschränkung entsteht auf ganz andere Weise als gewöhnlich ein Pfandrecht. Sie entsteht ebenfalls wie das Pfandrecht bei § 1287 oder bei Verpfändung des Erbteils kraft Gesetzes oder auch kraft rechtsgeschäftlicher Bestimmung; niemals ist aber sowohl zur Entstehung wie zur Wirksamkeit einer Verfügungsbeschränkung Uebergabe der Sache notwendig. Eine Verfügungsbeschränkung gibt auch nicht das Recht, dies zu verlangen. Nur bei Grundstücken hat derjenige, zu dessen Gunsten der Eigentümer nicht über das Grundstück verfügen kann, einen Anspruch auf Eintragung der Verfügungsbeschränkung, (§ 892 BGB.). Beim Pfandrecht an allen Erbteilen hat das also nach der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung zur Folge, daß bei Grundstücken der Pfandgläubiger einen Anspruch auf Eintragung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuche hat, bei beweglichen Sachen kann dagegen der Pfandgläubiger nicht verlangen, daß ihm der Mitbesitz eingeräumt wird. Das kann nicht richtig sein; denn es ist nicht einzusehen, weshalb bei Verpfändung der Erbteile zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen ein

[107]) Vgl. hierüber: Krückmann, ZBl. f. FG, S. 22.

Unterschied gemacht werden soll. Bewegliche Sachen können manchmal wertvoller sein als Grundstücke. Man denke nur daran, daß der Erblasser Juwelier ist. Die Brillanten und Perlen sind zweifellos wertvoller als vielleicht das einzige kleine Grundstück, das dem Erblasser gehörte. Wenn hier nicht der Pfandgläubiger an allen Erbteilen das Recht hätte, die Einräumung des dem Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechenden Gewaltverhältnisses zu verlangen[108]), so könnte er schwer in seinen Rechten geschädigt werden. Dies sieht man wieder besonders gut beim Pfandrecht an allen Erbteilen. Würde der Gläubiger, der doch hier ein Pfandrecht an allen einzelnen Gegenständen erworben hat, nicht in den Besitz der beweglichen Sachen kommen, so würde er jeden Augenblick Gefahr laufen, durch unredliche Handlungen der Miterben seines Rechtes beraubt zu werden. Heine[109]) meint, es widerspräche dem § 2033 Abs. 2 BGB., wenn der Pfandgläubiger die Einräumung eines Gewaltverhältnisses an den einzelnen beweglichen Gegenständen verlangen könne; denn § 2033 verbiete doch die Verfügung über die Anteile an den einzelnen Gegenständen. Dies ist aber unzutreffend. Denn da das Pfandrecht bereits durch Verpfändung der Erbteile entsteht, so liegt in der Einräumung des Besitzes keine Verfügung über den Gegenstand mehr. Es könnte sich allerdings fragen, ob dann eine Verfügung und somit ein Verstoß gegen § 2033 Abs. 2 vorliegen würde, wenn die Miterben nicht nur den bloßen Besitz auf den Pfandgläubiger übertragen, sondern ihm sogar ein besseres Pfandrecht gegenüber den Rechten der Nachlaßgläubiger bestellen wollen. Wenn nämlich auf Grund des Pfandrechts am Erbteil der Pfandgläubiger Besitz oder Mitbesitz verlangt und erhält, dann wird dadurch der Rang seines Pfandrechts nicht besser, mit anderen Worten: die Pfandgläubiger gehen ihm vor. Nur dann würde es der Fall sein, wenn die Miterben gemäß § 2040 zur Bestellung des r a n g b e s s e r e n Pfandrechts mitwirken; denn ein nach § 2040 erworbenes Pfandrecht steht, wie wir dargelegt haben, den Nachlaßgläubigern nicht nach. Ob in der Einräumung des Besitzes oder Mitbesitzes durch die Miterben zugleich eine Mitwirkung nach § 2040 BGB. liegt, ist Auslegungsfrage. Im Zweifel ist sie m. E. zu verneinen; denn auf Grund des Pfandrechts an den Erbteilen wollen die Miterben den Pfandgläubiger an den einzelnen Gegenständen nicht mehr Rechte übertragen, als er hat. Wollen sie ihm zugleich auch besseren Rang verschaffen, dann müssen sie es ausdrücklich bei der Einräumung des Gewaltverhältnisses hervorheben. Aber selbst dann würde kein Verstoß gegen § 2033 Abs. 2 vorliegen; denn ein Pfandrecht hat doch der Pfandgläubiger schon, bevor ihm der Besitz ein-

[108]) Krückmann, a. a. O. S 22.
[109]) S. 227.

geräumt worden ist. Das ist aber entscheidend; ob es nachher rangbesser wird, ist demgegenüber unerheblich. In der Bestellung des rangbesseren Pfandrechts durch Mitwirkung nach § 2040 liegt deshalb keine Verfügung mehr; denn zum Nachteil der Miterben wird das belastete Recht nicht mehr geändert, sondern nur zum Nachteile der Nachlaßgläubiger. Für die Miterben ist Pfandrecht eben Pfandrecht, ganz gleich, ob es anderen Pfandrechten, die an der Sache noch bestehen, oder anderen Rechten vor- oder nachgeht.

§ 13. Inhalt des Pfandrechts an allen Erbteilen. Rechte des Pfandgläubigers gegen Vollstreckungen seitens Dritter.

Das wichtigste Recht des Pfandgläubigers ist sein Recht, sich bei Pfandreife aus dem Pfande zu befriedigen[110]).

Beim Pfandrecht an einem Erbteil, wie beim Pfandrecht an allen Erbteilen, entsteht, wie wir nachgewiesen haben, ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen trotz § 2033 Abs. 2 BGB. Aber eins ist sicher; genau so wenig wie der einzelne Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen verfügen kann, kann es auch ganz bestimmt nicht der Pfandgläubiger. Mit anderen Worten: das Pfandrecht, das an den einzelnen Gegenständen entsteht, ist ein gebundenes Pfandrecht[111]). Die große Frage ist nun die, ob beim Pfandrecht an allen Erbteilen diese Bindung dergestalt aufhört, daß, wer ein Pfandrecht an allen Erbteilen hat, sich nicht nur aus den Erbteilen als solchen befriedigen kann, sondern vor allem aus den einzelnen Gegenständen, wenn nicht überhaupt nur auf letztere Weise. Diese Frage, d. h., ob er sich aus den einzelnen Gegenständen als solchen befriedigen kann, ist zu bejahen, ohne daß § 2033 Abs. 2 entgegensteht. Man denke nämlich an den Zweck der Auseinandersetzung. Ist nur ein Erbteil verpfändet, so ist es zur Befriedigung des Pfandgläubigers erforderlich, daß sich die Erben auseinandersetzen; denn wegen § 2033 II kann er sich aus den einzelnen Gegenständen nicht befriedigen. Anders liegt es aber am Pfandrecht an allen Erbteilen. Hier ist eine Auseinandersetzung nicht erforderlich, damit der Pfandgläubiger aus den einzelnen Gegenständen seine Befriedigung erlangt. Denn wie und welchen Miterben die einzelnen Gegenstände zugeteilt werden, kann hier dem Gläubiger ganz gleichgültig sein, da er ja kraft seines Pfandrechts an allen Erbteilen immer ein Pfandrecht an allen einzelnen Gegenständen hat und be-

---

[110]) Andere Rechte sind der Herausgabeanspruch aus § 1227 BGB., das Widerspruchsrecht aus § 771 ZPO., auf das wir sogleich noch zu sprechen kommen.

[111]) Krückmann, ZBl. f. FG. S. 20.

halten muß. Er kann sich also aus den einzelnen Gegenständen nach Maßgabe der §§ 1228 ff. und 1279 ff. befriedigen. Aus der Befriedigung des Pfandgläubigers beim Pfandrecht an allen Erbteilen ersieht man, daß die herrschende Lehre auch im Unrecht ist, wenn sie den § 1258 III auf das Pfandrecht am Erbteil anwendet[112]). Die Anwendung des § 1258 III enthält nämlich eine große Unbilligkeit, eine Folge davon, daß die h. M. annimmt, es bestehe kein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen. § 1258 III bestimmt, daß, wenn die Gemeinschaft aufgehoben wird, dem Pfandgläubiger das Pfandrecht an den Gegenständen gebührt, die an die Stelle des Anteils treten. „Gebührt" in § 1258 III bedeutet nicht etwa Erwerb des Pfandrechts an den einzelnen Gegenständen durch Surrogation, sondern nur, daß der Pfandgläubiger einen Anspruch auf Bestellung des Pfandrechts an den an die Stelle des Anteils tretenden Gegenständen hat[113]). Die h. L. kommt also beim Pfandrecht an einem Erbteil zu dem Resultat, daß der Pfandgläubiger, was bei § 1258 III richtig ist, nicht kraft Gesetzes mit der Zuteilung der einzelnen Gegenstände an die Miterben bei der Auseinandersetzung ein Pfandrecht erwirbt, sondern daß es ihm erst bestellt werden muß. Dabei kann folgender, wenn auch sehr seltener Fall eintreten. Jemand hat ein Pfandrecht an einem Erbteil; die Erben setzen sich auseinander, und bevor noch dem Gläubiger das Pfandrecht bestellt wird, werden die dem Pfandschuldner zugewiesenen Gegenstände gepfändet. Hier hat m. E. der Pfandgläubiger vom Standpunkt der h. L. kein Widerspruchsrecht aus § 772 ZPO., § 135 BGB.; denn sobald sich die Erben auseinandergesetzt haben, besteht doch nicht mehr die Erbengemeinschaft. Folglich erlischt das Pfandrecht am Erbteil als ein Mitgliedschaftsrecht, das er doch angeblich nach der herrschenden Meinung sein soll. Dieses zweifellos ungerechte Ergebnis zeigt abermals, daß die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung nicht richtig sein kann. Der Pfandgläubiger muß also ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen haben. Nimmt man aber mit der Theorie der geteilten Mitberechtigung ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen an, so kann in dem eben geschilderten Falle der Pfandgläubiger intervenieren, und das ist nicht mehr als recht und billig. Sein Pfandrecht darf durch Auseinandersetzung der Miterben nicht leiden. Es muß daher beim Pfandrecht an allen Erbteilen „für jeden einzelnen im Erbteil enthaltenen Anspruch unterschieden, und jeder muß nach seiner eigenen Natur pfandrechtlich behandelt werden"[114]).

Die Richtigkeit dieser Ansicht zeigt sich ganz besonders treffend beim Pfandrecht an sämtlichen Erbteilen. Eine Auseinander-

---

[112]) Warn. zu § 1258; RG. 84, 395; Hamburger, Gruch. 48, 60.
[113]) Wolff, S. 645; Warn. zu § 1285; RGR. Komm zu § 1258.
[114]) Krückmann, ZBl. f. FG. S. 43.

setzung ist nicht erforderlich, sobald der Pfandgläubiger ein Besitzpfand hat; der Pfandgläubiger kann sich also aus den einzelnen Gegenständen ohne weiteres befriedigen. Unbedenklich wird man auch § 1230 BGB. anwenden können, d. h. der Pfandgläubiger kann nur soviele Pfänder nach seiner freien Wahl zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind.

Da der Erbteil nicht nur als Summe, sondern auch als Gesamtheit aufgefaßt werden kann, so muß es dem Erbteilspfandgläubiger gestattet sein, selbst wenn er an allen Erbteilen ein Pfandrecht hat, sich aus den Erbteilen als solchen zu befriedigen. Denn genau so, wie man nach § 2033 Abs. 1 durch eine Verfügung über den Erbteil als eine Gesamtheit verfügen kann, ohne ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen zu bestellen, genau so wird sich auch der Pfandgläubiger aus dem Anteil am Nachlaß als solchen befriedigen können, und dies kann er auch, wenn er ein Pfandrecht an allen Erbteilen hat. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Pfandgläubiger an allen Erbteilen weniger Rechte und Befugnisse haben soll, als der Pfandgläubiger an einem Erbteil. Er kann sich dann nach Maßgabe der §§ 1277 ff. BGB., entsprechend den Vorschriften über das Pfandrecht an Rechten befriedigen. Zur Befriedigung aus dem Erbteil ist ein vollstreckbarer Titel nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften erforderlich (§ 1277 BGB.). Der Titel muß gegen die Miterben gerichtet sein. Er muß darauf lauten, daß der Pfandgläubiger befugt sei, sich aus dem Pfande durch Vollstreckung zu befriedigen[115]). Streitig ist hierbei, ob noch eine Pfändung erforderlich ist, da ja bereits ein vertragliches Pfandrecht besteht. Diese Frage wird zu verneinen sein[116]). Einmal weist schon der Wortlaut des § 1277 darauf hin; dort ist von Befriedigung des Pfandgläubigers die Rede. Eine Befriedigung aus einem Recht geschieht aber nicht durch Pfändung, sondern durch Ueberweisung. Sodann würde die nochmalige Pfändung einen überflüssigen Umweg für den Gläubiger bedeuten[117]). Kein Einwand ist dagegen, daß bei Pfändung einer Forderung regelmäßig „Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß" zusammen erlassen werden[118]), und daß das Gleiche bei dem Erbteil gelten müsse. Es ist richtig,

---

[115]) Wolff, S. 652.

[116]) Ebenso Wolff, S. 633; v. Staudinger-Kober, Anm. 1a zu § 1277, S. 495; Soergel, Anm. 1 zu § 1277; Kretzschmar, Anm. 1 zu § 1277 S. 705; Goldmann-Lilienthal, Sachenrecht, S. 668; Exner. in DJZ. 1908 S. 359; a. M.: Komm. v. RGR. Anm. 1 zu § 1277: Biermann, Anm. 1 zu § 1277; Warneyer, zu § 1277; Planck-Brodmann, Anm. 1 zu § 1277; Grohmann, ZBl. f. FG. 1903, 826.

[117]) v. Staudinger-Kober, a. a. O.

[118]) So Komm. v. RGR. zu § 1277.

daß dies in der Praxis zwar fast immer zusammen geschieht, aber daß es geschehen muß, ist nirgends vorgeschrieben. Die ZPO. behandelt auch beide, Pfändungsbeschluß und Ueberweisungsbeschluß, getrennt, §§ 829, 835 ZPO. Sobald sich der Pfandgläubiger einen vollstreckbaren Titel verschafft hat, wird er sich dann in der Regel gemäß § 857 Abs. 5 ZPO. befriedigen, nachdem das Gericht nach dieser Vorschrift die Veräußerung des Erbteils im Ganzen angeordnet hat[119]) [120]). Diesen letzteren Weg wird der Pfandgläubiger in der Regel gehen müssen, wenn er kein Vertragspfandrecht, sondern ein Pfändungspfandrecht hat. Man könnte geneigt sein, dies als eine Inkonsequenz der hier vertretenen Ansicht anzusehen. Dies ist aber keine Inkonsequenz. Genau wie die ZPO. im § 859 die Pfändung des Erbteils als solchen und selbstverständlich auch die Pfändung aller Erbteile zuläßt, genau so kann sich selbstverständlich der Pfandgläubiger ebenso wie auch beim Vertragspfandrecht aus dem Erbteil als solchen befriedigen. Nur wird man eben hier in der Regel nur eine Befriedigung nach §§ 859, 857, 835 ZPO. finden, und nicht, wie beim Vertragspfandrecht, auch eine Befriedigung ohne weiteres auch aus den einzelnen Gegenständen. Dies hängt mit den Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Verwertung des Pfandes zusammen. Es finden zwar im Allgemeinen auf das Pfändungspfandrecht die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung, aber dennoch liegt gerade der Hauptunterschied von dem Vertragspfandrecht darin, daß sich der Pfändungspfandgläubiger nur durch den nach der Zivilprozeßordnung geregelten Pfandverkauf befriedigen kann. Ein Privatverkauf wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch gibt es nach der Zivilprozeßordnung nicht[121]). Wenn auch der Pfändungspfandgläubiger genau so wie der Vertragspfandgläubiger ein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen erwirbt, so kann er sich doch nicht wie der Vertragspfandgläubiger durch Privatverkauf aus den einzelnen Pfändern befriedigen. Seine Befriedigung richtet sich vielmehr danach, was die Zivilprozeßordnung für das betreffende Pfandrecht bestimmt. Die Befriedigung wird in der Regel nach § 857 Abs. 5 ZPO. erfolgen, d. h. das Gericht ordnet den Verkauf der Erbteile an. Die Veräußerung kann auch in der Form der Versteigerung geschehen[122]), wie wohl hier die Gefahr besteht, daß der Erbteil verschleudert wird. Die h. M. nimmt genau so wie beim Vertragspfandrecht an einem Erbteile an, daß der Pfandgläubiger an Stelle des Miterben gemäß § 86 FGG. den Antrag auf Auseinandersetzung stellen kann oder wenn

---

[119]) Stein-Jonas, Anm. III, 3 zu § 859 ZPO.
[120]) Ueber einen anderen Weg siehe noch unten.
[121]) Wolff, S. 652.
[122]) Förster-Kann, Anm. 3 b zu § 859 ZPO.

eine gütliche Einigung mit dem Miterben nicht zu erzielen ist, er nach § 2042 BGB. befugt ist, die Auseinandersetzung auf dem Klagewege zu betreiben[123]); nach der h. L. findet dann § 1258 Abs. 3 Anwendung, was wir von unserem Standpunkt aus ablehnen. Beim Pfandrecht an allen Erbteilen, und zwar auch beim Pfändungspfandrecht braucht jedoch auf diese Frage nicht näher eingegangen zu werden. Wir haben hier nur zu untersuchen, wie sich der Gläubiger, der ein Pfändungspfandrecht an allen Erbteilen hat, außer auf dem Wege nach § 857 Abs. 5 ZPO. befriedigen kann. Der Gedanke der h. L. ist hier verwertbar und muß es auch sein. Denn § 86 Abs. 2 FGG. erwähnt ausdrücklich den Pfandgläubiger und selbstverständlich auch den Pfändungspfandgläubiger. Eine Auseinandersetzung ist, wie wir oben dargelegt haben, beim Pfandrecht an allen Erbteilen nicht erforderlich. Derjenige, der ein Pfändungspfandrecht an allen Erbteilen hat, wird m. E. an Stelle der Auseinandersetzung, da er sich eben wie der Vertragspfandgläubiger nicht durch Privatverkauf befriedigen kann, immer Einräumung des Besitzes verlangen können. Dies ersetzt die Auseinandersetzung[124]); dann kann er sich aus ihm befriedigen und zwar jetzt auch nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Der Unterschied vom Vertragspfandrecht an allen Erbteilen liegt also darin, daß der Pfandgläubiger sich hier aus den einzelnen Gegenständen auch befriedigen kann, wenn er nicht im Besitze der einzelnen Gegenstände ist, so durch Abtretung des Herausgabeanspruches[125]). Der Pfändungspfandgläubiger kann es jedoch nur, wenn er im Besitze der einzelnen Gegenstände ist. Denn die Zivilprozeßordnung kennt eben nur die zwei Möglichkeiten der Befriedigung aus dem Pfandrecht an einem oder an allen Erbteilen; entweder den Weg über §§ 859, 835, 857 ZPO. oder aus §§ 86 Abs. 2 FGG., § 2042 BGB.

Eine sehr wichtige Frage ist die, wie der Pfandgläubiger geschützt ist, wenn eine Zwangsvollstreckung, sei es in die Erbteile, sei es in die einzelnen Gegenstände, erfolgt, mit anderen Worten, ob und wie er einer weiteren Pfändung der Erbteile oder der einzelnen Gegenstände widersprechen kann. Was zunächst die Pfändung der

---

[123]) Förster-Kann, a. a. O.

[124]) Dies läuft nicht etwa auf die h. L. heraus, denn der Unterschied von ihr ist, daß der Pfandgläubiger sein Pfandrecht behält und nicht vorübergehend es verliert (§ 1258).

[125]) Vgl. hierzu Wolff, S. 642, der selbstverständlich nur vom Pfandrecht und zwar vom Vertragspfandrecht an einem einzelnen Gegenstande als solchen, nicht vom Pfandrecht am Erbteil spricht. Entscheidend für uns ist aber, daß man sich beim Vertragspfandrecht wegen der Zulässigkeit des Privatverkaufes auch durch Abtretung des Herausgabeanspruches befriedigen kann, was beim Pfändungspfandrecht nicht möglich ist.

Erbteile anbetrifft, so kann er regelmäßig nicht widersprechen; denn sein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen wird ja dadurch nicht beeinträchtigt, daß noch andere durch eine Pfändung, sei es an einem, sei es an allen Erbteilen, ein Pfandrecht an den einzigen Gegenständen erwerben. Denn sein Pfandrecht geht kraft des Grundsatzes der Priorität vor. Ganz anders liegt es aber, wenn in einzelne Nachlaßgegenstände ein Dritter vollstrecken läßt. Hier fragt es sich, ob dem Pfandgläubiger das Recht aus §§ 771, 772 oder 805 ZPO. zusteht. Die h. L. kommt in diesem Falle in Schwierigkeiten. Sie nimmt doch an, daß der Erbe in seiner Verfügung beschränkt werde, wenn er seinen Erbteil verpfände. Daß der Pfandgläubiger an einem und noch mehr an allen Erbteilen gegen Vollstreckung in einzelne Gegenstände irgend einen Schutz genießen muß, ist klar. Denn wenn der ganze Nachlaß versteigert wird, bleibt nachher für den Pfandgläubiger vielleicht nichts mehr übrig. Die Vertreter der h. L. äußern sich meist zu dieser Frage nicht, weil auch sie sie für selbstverständlich halten. Aber daß sie selbstverständlich ist, zeigt noch längst nicht den Weg, den der Pfandgläubiger zu beschreiten hat. Soweit sich ihre Anhänger dazu äußern, verweisen sie auf §§ 135, 136 BGB.[126]). Folglich muß nach dieser Auffassung auch § 772 ZPO. gelten. Die Konsequenz wäre also, daß ein Pfandgläubiger an den Erbteilen nach der h. M., obwohl er doch gerade kein Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen nach ihr hat, mehr Rechte genießt, als ein Vermieter, der nur das Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO. hat. Dies kann doch nicht richtig sein; zwar ist es denkbar, daß eine Verfügungsbeschränkung stärkere rechtliche Wirkungen haben kann, als ein Pfandrecht; bei der Verpfändung eines Erbteils kann man dies jedoch nicht annehmen; unmöglich kann eine Verfügungsbeschränkung, zu der die h. M. gelangt, stärker sein als ein Pfandrecht, zu dem die hier vertretene Ansicht bei den einzelnen Nachlaßgegenständen kommt. Es ist vielmehr, obwohl sich auch die Anhänger der Theorie der geteilten Mitberechtigung nirgends darüber äußern, weil eben das Pfandrecht an allen Erbteilen noch nicht in der Literatur behandelt ist[127]), zu unterscheiden, ob der Pfandgläubiger im Besitz der einzelnen Gegenstände ist oder nicht. Hat der Pfandgläubiger noch nicht von seinem Recht Gebrauch gemacht, von seinen Pfandschuldnern, den Miterben, die Besitzeinräumung der einzelnen Sachen zu verlangen, so kann er m. A. nach der Pfändung der Sache nicht widersprechen, sondern er kann nur, wenn der Pfändungspfandgläubiger nicht freiwillig den Anspruch des Erbteilspfandgläubigers anerkennt, gegen ihn gemäß § 805 ZPO. auf vorzugsweise Befriedigung, und zwar

[126]) Komm. v. RGR. Anm. 3 zu § 2033 BGB.
[127]) abgesehen von einer Andeutung bei Nölle, S. 72.

ganz gleichgültig, ob die Forderung des Erbteilspfandgläubigers fällig ist oder nicht, klagen. Dies ist zweifellos ein richtigeres und besseres Ergebnis als das, zu dem die Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung nach §§ 135 BGB., 772, 771 ZPO. gelangt. Hat aber der Pfandgläubiger von seinem Rechte Gebrauch gemacht, vor den Miterben die Einräumung in den Besitz der Pfandgegenstände zu verlangen, so kann er nach § 771 ZPO. die Interventionsklage gegen den pfändenden Dritten anstrengen. Er braucht sich also nicht mit der vorzugsweisen Befriedigung zu begnügen, sondern er kann hier die volle Freigabe der Gegenstände verlangen. Man sieht auch hier wieder, daß die Theorie der geteilten Mitberechtigung zu einem einfachen klaren Ergebnis gelangt, während die andere Meinung, wenn sie überhaupt eine gesetzliche Handhabe für den Schutz des Erbteilspfandgläubigers gegen Pfändungen in einzelne Gegenstände hat[128]), immer erst zu § 772 ZPO. greifen muß und hierbei, wie wir gesehen haben, zu recht bedenklichen Ansichten kommt.

Wie beim Pfandrecht an einzelnen Gegenständen, so kann es auch beim Pfandrecht an allen Erbteilen vorkommen, daß eine dem Pfandrecht des Gläubigers unterliegende Sache versteigert wird, weil er nicht oder zu spät davon Kenntnis erhalten hat. In diesem Falle kann er nicht mehr die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. erheben, bzw. vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO. verlangen, da die Zwangsvollstreckung bereits beendet ist. Er kann vielmehr von dem Pfändungsgläubiger, sofern dieser das Pfandrecht kannte, oder kennen mußte, Schadensersatz nach § 823 BGB. verlangen, in jedem Falle aber ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Pfändungsgläubigers von diesem den Erlös, den er erzielt hat, nach § 816 BGB. beanspruchen. Nach ständiger Rechtsprechung stehen im Sinne des § 816 BGB. der rechtsgeschäftlichen Verfügung gleich, die Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen[129]).

§ 14. Erlöschen des Pfandrechts an allen Erbteilen.

Das Pfandrecht an allen Erbteilen erlischt, wenn die ganze Erbschaft untergeht, also durch Naturereignis, wenn beispielsweise ein unversichertes Schiff untergeht. Auch dieses Beispiel zeigt wieder, daß das Pfandrecht an den Erbteilen auch an den einzelnen Gegenständen bestehen muß. Es erlischt ferner durch Eintritt eines der Verpfändung beigefügten Endtermine oder einer auflösenden Be-

---

[128]) Die Anhänger der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung sind sich anscheinend untereinander gar nicht einig. Vgl. Komm. v. RGR. Anm. 3 zu § 2033 BGB.

[129]) RG. 56, 72; 88, 356; JW. 09, 425;

dingung, durch Untergang der Forderung nach § 1252 BGB., durch Vereinigung des Pfandrechts und der Erbteile in einer Person, also in dem Falle, wo der Pfandgläubiger die Erbteile nach § 2033 Abs. 1 BGB. im Wege des Kaufes erwirbt, § 1256. Ein besonderes Problem, das beim Pfandrecht an allen Erbteilen entsteht, ist, inwieweit § 1253 BGB. Anwendung findet. Nach § 1253 erlischt das Pfandrecht, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt; ein Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist unwirksam. Die Frage, die hier entsteht, ist nun nicht etwa die, ob ein Erbteil als solcher zurückgegeben werden kann oder nicht. Dies ist schon technisch unmöglich. Die Frage bezieht sich vielmehr auf die im Nachlaß vorhandenen einzelnen Gegenstände. Die Anwendung des § 1253 wird man hier verneinen müssen, und zwar deshalb, weil beim Pfandrecht an allen Erbteilen das Pfandrecht an den einzelnen Gegenständen ohne Beobachtung der sonst für das Entstehen und Fortbestehen des Pfandrechts erforderlichen Formen entsteht. Der Pfandgläubiger, der ein Pfandrecht an einem, wie insbesondere an allen Erbteilen hat, hat, wie wir gesehen haben, ein Recht auf Einräumung des Besitzes an den einzelnen Gegenständen; aber die Besitzeinräumung, die Herstellung des Gewaltverhältnisses, bringt es nicht zur Entstehung, sondern verstärkt es nur, indem der Pfandgläubiger gegen unredliche Verfügungen der verpfändenden Miterben geschützt ist und unter Umständen einen besseren Rang erhält. Genau so wenig, wie aber die Herstellung des Gewaltverhältnisses das Pfandrecht zur Entstehung bringt, genau so wenig kann die Rückgabe es beim Pfandrecht an allen Erbteilen zum Erlöschen bringen. Denn wer ein Pfandrecht an sämtlichen Erbteilen hat, hat es immer an den gesamten einzelnen Nachlaßgegenständen, ganz gleich, ob er sie, die Miterben oder ein Dritter, im Besitz hat. Eine ganz andere Frage ist die, ob einzelne Gegenstände vom Pfandrecht ausgenommen werden können. Diese Frage ist zu bejahen, und zwar wird die Entstehung des Pfandrechts auf zweierlei Art verhindert werden können, einmal dergestalt, daß sich von vornherein die Miterben und der Pfandgläubiger darüber einig sind, daß an bestimmten Gegenständen das Pfandrecht nicht entsteht, oder nachträglich, indem der Pfandgläubiger auf das Pfandrecht an einzelnen Gegenständen verzichtet (§ 1255 BGB.). Selbstverständlich kann das Pfandrecht an den Gegenständen, an denen es ausgeschlossen war, nachträglich begründet werden, und zwar kann dieses ebenfalls wieder auf zweierlei Weise geschehen. Entweder werden die bisher unbelasteten Stücke durch notariellen Akt gemäß § 2033 BGB. wieder einbezogen, oder es wird an ihnen gemäß §§ 1205 ff. BGB., 2040 BGB. ein besonderes Pfandrecht bestellt. Der Unterschied zeigt sich im Range und in der Anwendung des § 1253. Im ersten Falle entsteht ein rangschlechteres

Pfandrecht, geht aber durch Rückgabe nicht unter; im zweiten Falle geht das Pfandrecht dem Rechte der Nachlaßgläubiger vor, geht aber durch Rückgabe des Gegenstandes unter.

Ist das Pfandrecht an allen Erbteilen erloschen, so ist es natürlich auch an allen einzelnen Gegenständen erloschen. Der Pfandgläubiger ist daher verpflichtet, die einzelnen Gegenstände, soweit er sie in Besitz genommen hat, den Miterben zurückzugeben, und die Miterben können die Herausgabe fordern, § 1223 BGB. Die Rückgabepflicht und das Rückforderungsrecht bestimmen sich nach § 2039 BGB., d. h. der Pfandgläubiger kann nur an alle Miterben zusammen die einzelnen Gegenstände zurückgeben, während andererseits der Miterbe auch nur Leistungen an alle verlangen kann.

II. Nießbrauch an allen Erbteilen.

§ 15. Inhalt des Nießbrauchs an allen Erbteilen.

Da der Nießbrauch an allen Erbteilen ein Nießbrauch an allen einzelnen Nachlaßgegenständen ist, so bestimmen sich der Inhalt des Nießbrauchs und die Rechte des Nießbrauchers nach §§ 1085 ff. BGB., genau so, als wenn der Nießbrauch an allen einzelnen Gegenständen und nicht an den Erbteilen bestellt worden wäre. Nur hinsichtlich des Ranges gehen, wie wir im § 10 dargelegt haben, die Rechte der Nachlaßgläubiger vor. Selbstverständlich, was nicht näher ausgeführt zu werden braucht, entsteht der Nießbrauch nicht an nicht übertragbaren Rechten (§ 1069 Abs. 2 BGB.). Dies ist aber kein Einwand gegen die hier vertretene Ansicht. Denn wenn die ganze Erbschaft nach §§ 1085, 1089 mit einem Nießbrauch belastet wird, so kann ebenfalls niemals der Nießbrauch an den Rechten, die unübertragbar sind, bestellt werden. Ein sehr wichtiges Recht, das der Nießbraucher an allen Erbteilen hat, ist das Recht, die einzelnen dem Nießbrauch unterworfenen Sachen zu besitzen. Wie beim Pfandrecht an allen Erbteilen ist der Nießbraucher nicht genügend geschützt, wenn er nicht an den einzelnen Sachen ein dem Nießbrauch an beweglichen Sachen entsprechendes Gewaltverhältnis eingeräumt erhält. Er würde Gefahr laufen, durch Erwerb eines gutgläubigen Dritten, seines Rechtes oder seines Ranges beraubt zu werden. Daß der Nießbraucher den Besitz an den einzelnen Sachen haben muß, um sie nutzen zu können, ist einleuchtend. Man denke nur an das Beispiel, wo der Nachlaß aus einem einzigen Rittergut[130]) besteht; soll der Nießbraucher wirklich die Nutzungen ziehen, die er doch nach dem Willen der Parteien beim Nießbrauch an allen Erbteilen ziehen soll, so ist es unbedingt notwendig, daß er

[130]) Vgl. Krückmann, ZBl. f. FG. S. 21.

in den Besitz des Rittergutes gesetzt wird. Die Früchte erwirbt derjenige, der einen Nießbrauch an allen Erbteilen hat, genau so wie derjenige, der einen Nießbrauch nach §§ 1085, 1089 bestellt bekommen hat, nach Maßgabe der §§ 954 ff. BGB.

Der Nießbraucher hat aber, sobald er den Besitz hat, nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten gegenüber den Miterben genau so, als wenn ihn von vornherein der Nießbrauch nicht an den Erbteilen, sondern an den einzelnen Gegenständen eingeräumt worden wäre; so hat er die Erhaltungspflichten nach §§ 1041—1046, die Pflichten zur Tragung der in § 1047 genannten Lasten, die Pflichten zur Sicherheitsleistung nach §§ 1052 ff.

Der Nießbrauch erlischt, da er ein höchstpersönliches Recht ist, mit dem Tode des Nießbrauchers (§ 1061); ferner durch Verzicht (§ 1062); durch Erwerb der Erbteile (§ 1063 BGB.). Erwirbt der Nießbraucher nur einzelne Nachlaßgegenstände zu Eigentum, so erlischt der Nießbrauch nur hinsichtlich dieser einzelnen Gegenstände. Er erlischt aber ganz, sobald er sämtliche einzelnen Gegenstände nacheinander oder zusammen erworben hat. Wird in die Erbteile als solche von einem Dritten vollstreckt, so hat der Nießbraucher die Interventionsklage aus § 771 ZPO. Werden die einzelnen Gegenstände gepfändet, so hat er hier, ganz gleichgültig, ob er schon den Besitz an den einzelnen Nachlaßgegenständen hat oder nicht, ebenfalls immer die Interventionsklage aus § 771 ZPO. Denn § 805 ZPO. bezieht sich nur auf das Pfandrecht; er kann nicht etwa entsprechend für die Fälle angewendet werden, in denen der Nießbraucher noch nicht den Besitz an den einzelnen Gegenständen erhalten hat. Denn das Pfandrecht dient lediglich zur Sicherung einer Forderung; hier ist dem Pfandgläubiger die Hauptsache, daß er wegen seiner Forderung befriedigt wird. Der Nießbrauch dient jedoch in der Regel nicht der Sicherung einer Forderung[131]), sondern Inhalt des Nießbrauchs ist es, daß der Nießbraucher die Nutzungen der einzelnen Gegenstände zieht. In diesem Rechte wird er aber dann gestört, wenn von einem Dritten der betreffende Gegenstand gepfändet wird. Nur die Freigabe der Gegenstände kann das Fruchterziehungsrecht des Nießbrauchers erhalten; mit einem Vorzugsrecht ist ihm nicht gedient, da er nach Versteigerung nicht mehr die Nutzungen ziehen könnte.

§ 16. Zur Schuldenhaftung des Nießbrauchers.

Ueber die Schuldenhaftung des Nießbrauchers ist bereits oben in § 10 gesprochen worden. Wir haben hier gesehen, daß die Nach-

[131]) Er kann es allerdings dienen, Wolff, S. 388 Anm. 9; aber selbst dann hat der Nießbraucher stets das Recht als § 771 ZPO.; er braucht sich nicht mit einem Vorzugsrecht § 805 zu begnügen.

laßgläubiger von dem Nießbraucher in der Regel die Duldung der Zwangsvollstreckung in die einzelnen Gegenstände verlangen können. Eine Besonderheit beim Nießbrauch an allen Erbteilen ist genau so wie beim Nießbrauch durch Einzelbestellung an allen Gegenständen, daß der Nießbraucher für die verzinslichen Forderungen gegen den Erblasser auch persönlich haftet, (§ 1088 BGB.). Diejenigen Nachlaßgläubiger nämlich, die eine verzinsliche Forderung gegen den Erblasser hatten, können die Zinsen, solange der Nießbrauch an den Erbteilen besteht, von dem Nießbraucher verlangen; bei anderen wiederkehrenden Leistungen ist ihnen jedoch ein unmittelbarer Anspruch gegen den Nießbraucher nur in dem Falle gegeben, wenn die Leistungen bei ordnungsmäßiger Verweigerung auch sonst aus den Einkünften der dem Nießbrauch unterworfenen Erbschaft bestritten werden.

Ueber die Frage, wer im Innenverhältnis zwischen den Nießbraucher und den Miterben für die Schulden haftet, bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch nichts. Wie Wolff[132]) ausführt, ist daraus, daß das Gesetz schweigt, nicht etwa zu schließen, daß überhaupt kein Ausgleich zwischen dem Nießbraucher und den Miterben stattfindet; denn dieses Ergebnis wäre tatsächlich unbillig, weil es sonst rein dem Zufall unterliegen oder sogar zu unsauberen Machenschaften führen würde, daß der Gläubiger den einen oder den anderen, also entweder den Miterben oder den Nießbraucher in Anspruch nimmt. Die Ausgleichsfrage ist daher eine Frage der Auslegung des der Nießbrauchsbestellung an allen Erbteilen zugrunde liegenden Kausalgeschäfts[133]). Ergibt sie nichts, so ist m. E. Wolff[134]) auch darin zuzustimmen, daß er dann das nießbrauchsfreie Gut dem Vorbehaltsgut, das dem Nießbrauch unterworfene Gut dem Eingebrachten entsprechend, behandelt. Dieser Fall wird allerdings sehr selten sein, da kraft des Nießbrauchs an allen Erbteilen immer ein Nießbrauch an allen einzelnen Gegenständen entsteht.

Schluß.

§ 17. Zusammenfassung.

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist also, daß die Theorie der geteilten Mitberechtigung bei dinglichen Rechten am Erbteil die richtige Theorie ist, und daß sich ihre Richtigkeit besonders bei der Vereinigung sämtlicher Erbteile in einer Hand zeigt. Die Theorie der geteilten Mitberechtigung ist aber auch sonst die zutreffende. Die

---

[132]) Wolff, S. 422.
[133]) Wolff, a. a. O.
[134]) Wolff, a. a. O.

Fälle, in denen sie hauptsächlich ihre praktische Bedeutung hat, liegen auf dem Gebiete des Steuerrechts und des Schuldrechts. Für das Steuerrecht hat die Streitfrage jetzt durch § 80 Abs. 2 der Reichsabgabenordnung ihre Bedeutung verloren; vorher spielte es aber eine erhebliche Rolle, ob man Bruchteile oder Gesamthandsanteile der Miterben annahm, wenn ein Nachlaßgrundstück von allen Miterben an einen anderen Miterben veräußert wurde. Mit Recht hat schon von jeher die Theorie der geteilten Mitberechtigung angenommen, daß der Stempel nur für den hinzuerworbenen Teil zu zahlen ist; denn eine Quote hatte ohnehin schon der Erwerber. Ebenso wird, wenn ein Nachlaßgrundstück in gewöhnliches Miteigentum der Miterben umgewandelt werden soll, mit Recht von der Theorie der geteilten Mitberechtigung angenommen, daß nicht der ganze Gegenstand veräußert, sondern nur das bestehende Gemeinschaftsverhältnis verändert wird[135]). Diese Frage wird praktisch für die Frage der Gebühren bei Prozessen und der Gebühren bei Eintragungen in das Grundbuch[136]).

---

[135]) Kipp, S. 270.
[136]) Krückmann, Institutionen, S. 712.

Lebenslauf.

Ich bin am 8. Juni 1907 zu Berlin als Sohn des Kaufmanns Leopold Markowitz und seiner Ehefrau Else geboren worden. Ich besitze die preußische Staatsangehörigkeit und bin mosaischer Konfession. Ich besuchte das Staatliche Luisengymnasium zu Berlin und verließ es am 6. März 1926 mit dem Zeugnis der Reife. Ich wandte mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu. Ich studierte 7 Semester vom Jahre 1926 bis 1929 und verbrachte meine sämtlichen Semester an der Universität Berlin. Am 14. Dezember 1929 bestand ich am Kammergericht in Berlin die erste juristische Prüfung mit dem Prädikat „Vollbefriedigend". Meine mündliche Doktorprüfung legte ich am 5. Juni 1931 mit dem Prädikat „magna cum laude" ab.